# البناية في شرح الهداية

الجزء الثالث عشر

للشيخ المحدث الفقيه
بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني
رحمة الله تعالى رحمة واسعة
٧٦٢هـ ــــــ ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه
الشيخ المحدث المحقق فيض أحمد الملتاني قدس سره
١٣٤٠هـ ــــــ ١٤٢٩هـ

المكتبة الحقانية
ملتان ○ پاكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي من علينا بطبع الكتاب المستطاب

# البناية في شرح الهداية

للشيخ المحدث الفقيه بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني

رحمه الله تعالى رحمة واسعة

٧٦٢هـ — ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه

مولانا مسعود احمد ابن مولانا فيض احمد الملتانی

الجزء الثالث عشر

المكتبة الحقانية

ملتان ○ باکستان

بسم الله الرحمن الرحيم

# الفهرس للجزء الثالث عشر من البناية شرح الهداية

تمت

# كتاب الاجارات

## (كتاب الإجارات)

وجه المناسبة بين الكتابين اشتمالهما على معنى التمليك و لكن لما كانت الهبة تمليك العين قدمها على الإجارات التى هى تمليك المنفعة و العين (١) مقدم على المنفعة و هو جمع إجارة (٢) على فعالة بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة من أجره إذا أعطاه أجره من باب فعل يفعل

(١)و العين الخ أقول و العدم أيضا مقدم على الوجود و أيضا تجرى الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هى دون الهبة كذا فى السعدية ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث أنهما يقعان لازمين فلذلك اورد كتاب الاجارات متصلة بفصل الصدقة و إنما جمعها إشارة إلى أن لها انواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى و نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته و نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين و الاشارة كاستيجار رجل لينقل هذا الطعام إلى موضع معلوم كذا فى النتائج (٢)اجارة الخ و فى تاج العروس: (الاجر الجزاء على العمل) و فى الصحاح وغيره الاجر الثواب و قد فرق بينهما بفروق قال العينى فى شرح البخارى الحاصل بأصول الشرع و العبادات ثواب و بالمكملات أجر لأن الثواب لغة بدل العين و الاجر بدل المنفعة و هى تابعة للعين و قد يطلق الاجر على الثواب و بالعكس (كالاجارة) و الاجرة و هو ما أعطيت من أجر فى عمل (مثلثة) التثليث مسموع و الكسر الاشهر الافصح قال ابن سيده وأرى ثعلباحكى فيه الفتح (ج أجور و آجار) قال شيخنا الثانى غير معروف قياسا و لم أقف عليه سماعا ثم ان كلامه صريح فى أن الاجر و الاجارة مترادفان لا فرق بينهما و المعروف أن الاجر هو الثواب الذى يكون من الله عزوجل للعبد على العمل الصالح و الاجارة هو جزاء عمل الانسان لصاحبه و منه الاجير (و) قوله تعالى و آتيناه أجره فى الدنيا قيل هو (الذكر الحسن) و قيل معناه انه ليس أمة من المسلمين و النصارى و اليهود و المجوس الا و هم يعظمون ابراهيم على نبينا و عليه الصلاة و السلام و قيل أجره فى الدنيا كون الانبياء من ولده و قيل أجره الولد الصالح (و) من المجاز الاجر (المهر) و فى التنزيل يا أيها النبى انا أحللنالك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن أى مهورهن و قد (أجره) الله (يأجره) بالضم (ويأجره) بالكسر اذا (جزاه) و أثابه و أعطاه الاجر و الوجهان معروفان لجميع اللغويين إلا من شذ ممن أنكر الكسر فى المضارع و الامر منهما أجرنى و أجرنى (كآجره) يؤجره ايجارا و فى كتاب ابن القطاع ان مضارع آجر كآمن يؤاجر قال شيخنا و هو سهوظاهر يقع لمن لم يفرق بين أفعل و فاعل و قال عياض ان الاصمعى أنكر المد بالكلية و قال قوم هو الافصح (و) فى الصحاح أجر (العظم) يأجر و يأجر (أجرا) بفتح فسكون (و اجارا) بالكسر (و أجورا) بالضم (برأ على عثم) بفتح فسكون و هو البرء من غير استواء و قال ابن السكيت هو مشبش كهيئة الورم فيه أود (وأجرته) فهو لازم متعد و فى اللسان أجرت يده تأجر و تأجر أجرا و اجارا و أجورا جبرت على غير استواء فبقى لها عثم و آجرها هو و آجرتها انا ايجارا و فى الصحاح آجرها الله أى جبرها على عثم (و) أجر (المملوك أجرا أكراه) يأجره فهو مأجور (كآجره ايجارا) و حكاه قوم فى العظم أيضا (و مؤاجرة) قال شيخنا هو مصدر آجر على فاعل لا آجر على أفعل و المصنف كأنة اغتر بعبارة ابن القطاع و هو صنيع من لم يفرق بين أفعل و فاعل كما أشرنا اليه أولا فلا يلتفت اليه مع أن مثله مما لا يخفى و قال الزمخشرى و آجرت الدار على أفعلت فأنا مؤجر و لا يقال =>

..............................

بالفتح في الماضي و الضم في الغابر و لا يمنع أن تكون مصدراً منه كما تقول كتب يكتب كتابة و هذه المادة تستعمل لمعاني التعويض تقول أجره الله يأجره و ياجره و هو يأتي من بابين من باب طلب يطلب و من باب ضرب يضرب و منه الأجر و هو الثواب لأن الله تعالى يعوض العبد به و يقال لمهر المرأة أجر لأنه عوض من بضعها قال الله تعالى ﴿آتيت (١) أجورهن﴾ أي مهورهن و البرء تقول أجر العظم يأجر و يأجر أجراً و أجوراً أي برىء على عثم و هو أيضاً من البابين المذكورين و الجبر تقول أجر الله يده أي جبرها على عثم و هو انجبار العظم المكسور على غير استواء و إعطاء الأجرة تقول أجره إذا أعطاه أجرته كما ذكرنا و إذا أردت أن تنقله إلي باب

=> مؤاجر فهو خطأ قبيح و يقال آجرته مؤاجرة عاملته معاملة و عاقدته معاقدة و لأن ما كان من فاعل في معنى المعاملة كالمشاركة و المزارعة انما يتعدى لمفعول واحد و مؤاجرة الاجير من ذلك فآجرت الدار و العبد من أفعل لا من فاعل و منهم من يقول آجرت الدار على فاعل فيقول آجرته مؤاجرة و اقتصر الازهري على آجرته فهو مؤجر و قال الاخفش و من العرب من يقول آجرته فهو مؤجر في تقدير افعلته فهو مفعل و بعضهم يقول فهو مؤاجر في تقدير فاعلته و يتعدى الي مفعولين فيقال آجرت زيدا الدار و آجرت الدار زيدا على القلب مثل أعطيت زيدا درهما و أعطيت درهما زيدا فظهر بما تقدم ان آجر مؤاجرة مسموع من العرب و ليس هو صنيع ابن القطاع وحده بل سبقه غير واحد من الائمة و أقروه و في اللسان و أجر المملوك يأجره أجرا فهو مأجور و آجره يؤجره ايجارا و مؤاجرة و كل حسن من كلام العرب (و الاجرة) بالضم (الكراء) و الجمع أجر كغرفة و غرف و ربما جمعوها اجرات بفتح الجيم و ضمها و المعروف في تفسير الإجرة هو ما يعطى الاجير في مقابلة العمل (وائتجر) الرجل (تصدق و طلب الاجر) و في الحديث في الاضاحي كلوا وادخروا و ائتجروا أي تصدقوا طالبين للاجر بذلك و لا يجوز فيه اتجروا بالادغام لان الهمزة لا تدغم في التاء لانه من الاجر لا من التجارة قال ابن الاثير و قد أجازه الهروي في كتابه و استشهد عليه بقوله في الحديث الآخر ان رجلا دخل المسجد و قد قضى النبي ﷺ صلاته فقال من يتجر يقوم فيصلي معه قال و الرواية انما هي يأتجرفان صح فيها يتجر فيكون من التجارة لا من الأجر كأنه بصلاته معه قد حصل لنفسه تجارة أي مكسبا و منه حديث الزكاة و من أعطاها مؤتجرا بها (و) يقال (أجر) فلان (في أولاده كعني) و نص عبارة ابن السكيت أجر فلان خمسة من ولده (أي ماتوا فصاروا أجره) و عبارة الزمخشري ماتوا فكانوا له أجرا (و) يقال أجرت (يده) تؤجر أجرا و أجورا اذا (جبرت) على عقدة و غير استواء فبقي لها خروج عن هيئتها (و آجرت المرأة) و في بعض أصول اللغة الامة البغية مؤاجرة (أباحت نفساها بأجر و) يقال (استأجرته) أي اتخذته أجيرا قاله الزجاج (و آجرته) فهو مؤجر و في بعض النسخ أجرته مقصورا و مثله قول الزجاج في تفسير قوله تعالى أن تأجرني ثماني حجج أي تكون أجيرا لي (فأجرني) ثماني حجج أي (صار أجيري) و الاجير هو المستأجر و جمعه أجراء و أنشد أبو حنيفة رحمه الله تعالى

وجون تزاق الحدثان فيه … اذا أجراؤه نحطوا أجابا

و الاسم منه الاجارة اه. (١) آتيت أجورهن. الأحزاب:

## الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض

الافعال تقول آجر بالمد لأن أصله ائجر بهمزتين إحداهما فاء الفعل و الأخرى همزة افعل و القاعدة أن الهمزتين إذا اجتمعتا و ثانيهما ساكنة قلبت الهمزة الثانية ألفا للتخفيف فصار آجر على وزن افعل للتخفيف و المصدر منه إيجار على وزن افعال أصله ائجار بهمزتين لينت الثانية بجنس حركتها قبلها فصار ايجارا فاسم الفاعل من الأول آجر و من الثانى مؤجر قال صاحب العين آجرت مملوكى اوجره ايجاراً فهو مؤجر و فى الأساس آجرنى داره فاستأجرتها و هو مؤجر و لا يقال مواجر فانه خطأ قبيح أما الخطأ فظاهر و هو انه من مهموز الفاء و أما قوله مواجر فهو معتل الفاء و أما القبح فانه استعمل فى موضع قبيح قلت تحرير الخطأ فيه أن اسم الفاعل من أفعل لا يأتى إلا على وزن مفعل كاكرم على مكرم و كذلك آجر بالمد على وزن أفعل و اسم الفاعل منه موجر و أصله مؤجر بضم الميم و سكون الهمزة و لكن لينت الهمزة بجنس حركة ما قبلها و هى الواو فقيل موجر للتخفيف و أما مواجر فإنه اسم الفاعل من واجر كواعد على مواعد و هذا بناء على لغة العامة فإنهم يقولون واجرته الدار موضع آجرته إذا أكريتها فعلى هذا الخطأ فى إبدالهم الواو من الهمزة التى فى أول الكلمة لا فى قولهم مواجر لأنه مبنى على القاعدة لأن اسم الفاعل من فاعل يأتى على مفاعل قال صاحب العنان رحمه الله تقول آجرته الدار أى أكريتها و العامة تقول واجرتها ولقائل أن يقول كما يجوز قلب إحدى الواوين همزة إذا اجتمعتا فى أول الكلمة للتخفيف كما فى أواقى فإن أصله وواقى جمع واقية فكذلك يجوز قلب إحدى الهمزتين واوا إذا اجتمعتا فى أول الكلمة للتخفيف على أن الثقالة فى اجتماع الهمزتين أكثر من الثقالة فى اجتماع الواوين و أما القبح الذى ذكروا فيه فهو أن العامة استعملوه فى موضع السب و التعيير و لهذا ذكر فى باب التعزير من جملة ألفاظ التعزير و فسروه بأنه هو الذى يؤجر أهله للزنا ثم هل يجب بهذه اللفظة تعزيز فإن كان المسبوب شريفا أو فقيها يعزر و إن كان غيرهما لا (الأجارة عقد يرد على المنافع بعوض) هذا تفسير للإجارة بالمعنى الشرعى و إنما (١) قدمه على المعنى اللغوى لأن اللغوى هو الشرعى

(١)إنما قدمه الخ. كذا فى العناية وفيه بحث لأن كون المفهوم الشرعى أولى بالتقديم بناء على أنه فى بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعى على المفهوم اللغوى فى جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعى موافقا للمعنى اللغوى أو مخالفا له مع أن دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوى على بيان المعنى الشرعى لكون اللغوى هو الأصل المتقدم فالوجه عندى ههنا أن المصنفّ سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة فى الشرع عقدا على المنافع بعوض و لكن طوى الصغرى فكأنه قال لأن معنى الاجارة فى الشرع هو معناها فى اللغة و معناها فى اللغة بيع المنافع و لا يخفى أن هذا المسلك يقتضى تقديم مفهومها الشرعى بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن كذا فى النتائج.

لأن الإجارة فى اللغة بيع المنافع و القياس يأبى جوازه لأن المعقود عليه المنفعة و هى معدومة و إضافة التمليك إلي ما سيوجد لا يصح

بلا مخالفة و هو فى بيان شرعيتها فالشرعي أولى بالتقديم و قال الاترازى رحمه الله تعالى و ينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لأن التوقيت يبطله أو يقال عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم قلت زيادة لفظة الإستباحة تتعين فى تفسير النكاح لا فى تفسير الإجارة (لأن الإجارة فى اللغة بيع المنافع) قيل (١) فيه نظر لأن الإجارة اسم للأجرة و هى ما أعطيت من كراء الأجير كما صرح به الشراح قلت قد بينت لك عن قريب أن الإجارة (٢) تجوز أن تكون مصدرا فيستقيم الكلام (و القياس يأبى جوازه) أى جواز عقد الإجارة (لأن المعقود عليه المنفعة و هى معدومة) حالة العقد (و إضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح) لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع قيل فى كون القياس يأبى جوازه نظر و لم يذكر على ذلك دليلاً إلا أن إضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح و هذا الذى جعله دليلاً يحتاج إلى دليل و ما سيوجد نوعان منافع و أعيان و قياس أحدهما على الآخر فاسد لوجود الفارق بينهما فإن المعنى الجامع بينهما و هو كون كل منهما معدوما يعارضه المعنى الفارق و هو أقوى منه و هو أن هذا معدوم يمكن تأخر بيعها إلى زمن وجوده بخلاف الأجر و قد أجرى الله العادة بحدوث هذه المنافع فصارت متحققة الوجود فالحاق المعدوم المتحقق الوجود بالموجود أظهر من إلحاقه بالمعدوم المظنون الوجود أو ما لوجوده غاية يمكن تأخير العقد إلى أن يوجد فان ما لوجوده حال وجود و عدم فى بيعه حال العدم مخاطرة و قمار و بذلك علل النبى عليه الصلاة و السلام المنع حيث قال أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق و أما ما ليس له إلا حالة واحدة و الغالب فيه السلامة فليس العقد عليه مخاطرة و لا قمار و إن كان فيه مخاطرة يسيرة فالحاجة داعية إليه قلت لا نسلم فساد القياس المذكور و لا معارضة المعنى الفارق للمعنى الجامع و كيف تكون هذه المنافع متحققة الوجود بجريان العادة بحدوثها و هى أعراض لا تبقى زمانين فتكون معدومة بهذا الإعتبار و بيع المعدوم لا يجوز و لصحة القياس المذكور قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالي تقام العين المنتفع بها مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها

(١)قيل فيه نظر الخ. أقول النظر المزبور ظاهر الورود لأن المذكور فى كتب اللغة إنما هو ان الاجارة اسم للأجرة لا أمر آخر و إنما الذى هو بيع المنافع الايجار لا الاجرة كذا فى النتائج. (٢)قلت الخ. أقول فى الجواب نظر لأنه لم يسمع فى اللغة أن الاجارة مصدر على أنه لوسلم لم يستقم الكلام أيضا إذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا فى اللغة بيع المنافع بل تكون اعطاء الاجر و قد قال المصنف إن الاجارة فى اللغة بيع المنافع فلا استقامة كذا فى النتائج ملخصا

**إلا انا جوزناه لحاجة الناس إليه و قد شهدت بصحتها الآثار و هى (١) قوله عليه الصلاة و السلام أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**

ليترتب القبول على الايجاب كما تقام الذمة التى هى محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه فى جواز السلم و ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه و قد قيل في وجه إباء القياس جوازه أن موجب العقد التسليم فى الحال و ليس فى الاجارة ذلك و فيه نظر لأن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه العاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه و كلاهما منتف فى هذه الدعوى أما الأول فظاهر و أما الثانى فكذلك لأنهما تارة يعقدان على الوجه المذكور و تارة يشترطان التاخير إما فى الثمن و إما فى الثمن و قد يكون للبائع غرض صحيح و مصلحة فى تأخير تسليم المبيع كما كان لجابر رضى الله عنه غرض صحيح فى تأخير تسليم بعيره إلى المدينة واتفق العلماء على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه كما إذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل فى يوم و لا أيام فلا يحب عليه جمع دواب البلد و نقله فى ساعة واحدة بل قالوا هذا يستثنى بالعرف و كذلك من اشترى ثمرة بدا صلاحها ليس عليه أن يجمع القطافين فى أوان واحد فيقطفها جملة واحدة و إنما يقطفها كماجرت به العادة (إلا انا جوزناه) أى عقد الاجارة (لحاجة الناس إليه) لأن الانسان قد يحتاج إلى منافع الأعيان لاقامة المصالح و لا يجد الثمن ليشترى العين و صاحب الأعيان قد يحتاج إلى الدراهم و لا يتهيأ له البيع و الفقير يحتاج إلى المال و الغنى إلى الاعمال فلو لم تجز الاجارة لضاق الامر على الناس و لهذا يترك القياس كما جاز السلم لحاجة المفاليس (و قد شهدت بصحتها الآثار) و هو جمع أثر بفتحتين و هو اسم للخبر الذى ترويه عن غيرك و منه قولهم حديث مأثور أى نقله الخلف عن السلف و أصله من أثرت الحديث آثره أثراً إذا ذكرته عن غيرك و فى الاصطلاح يطلق على السنة المروية عن النبى ﷺ قولاً و فعلاً و على الأخبار المروية من الصحابة رضى الله تعالى عنهم (و هو قوله عليه الصلاة و السلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه) التذكير فى الضمير باعتبار ما بعده و هو قوله عليه الصلاة و السلام و الحديث رواه عبدالله بن عمر و أبو هريرة و جابر و أنس رضى الله عنهم أما حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه فأخرجه ابن ماجة فى سننه فى كتاب الاحكام فى باب (٢) أجر الاجراء عن عبدالرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ أعطوا الاجير

(١) د ى. ن. هو. (٢) باب أجر الاجراء ص٧٨.

و قوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره

أجره قبل أن يجف عرقه و أما (١) حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه فاخرجه أبو يعلى الموصلىؒ في مسنده حدثنا اسحٰق بن اسرائيل ثنا عبدالله بن جعفر أخبرني سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه مرفوعاً نحوه سواء و أما (٢) حديث جابر رضى الله تعالى عنه فأخرجه الطبرانيؒ في معجمه الصغير حدثنا أحمد بن محمد بن الصلط البغدادي بمصر ثنا محمد ابن زياد بن ريان الكلبي ثنا شرقي بن القطامي عن أبي الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ فذكره و قال تفرد به محمد بن زياد و أما (٣) حديث أنس رضى الله تعالى عنه فاخرجه أبو عبدالله الترمذي الحكيمؒ في كتاب نوادر الاصول في الاصل الثاني عشر حدثنا موسى ابن عبدالله بن سعيد الازدي ثنا محمد بن زياد بن ريان الكلبي عن بشر بن الحسين الهلالي عن الزبير بن عدى عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه مرفوعاً نحوه سواء و أخرجه (٤) أبو أحمد ابن زنجويه النسائي في كتاب الاموال مرسلاً قال حدثنا مسلم بن ابراهيم ثنا عثمان بن عثمان الغطفاني عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن النبي ﷺ قال أعطوا الأجير أجره إلى آخره و قد أعلوا حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه بعبد الرحمن بن زيد و حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه بعبد الله بن جعفر و عبدالله هذا هو و الد علي بن المدينيؒ و ليس بشيء في الحديث و حديث جابر رضى الله تعالى عنه بشرقي بن القطامي و هو منكر الحديث و لكن معنى الحديث في الصحيح أخرجه (٥) البخاري عن سعيد بن ابي سعيد عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال قال الله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر و رجل باع حراً فاكل ثمنه و رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه و لم يعطه أجره (و قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره) هذا الحديث أخرجه (٦) عبدالرزاقؒ في مصنفه في البيوع اخبرنا معمر و الثوري عن حماد

---

(١)أما حديث ابي هريرة رضى الله تعالى عنه الخ. كذا في نصب الراية ص١٢٩ ج٤. و فيه أيضا و رواه ابن عديؒ في الكامل و أعلّه بعبدالله بن جعفر و أسند تضعيفه عن النسائي و السعدي و ابن معين و الفلاس رحمهم الله تعالى و لينه ابن عديؒ فقال عامة ما يرويه لا يتابع عليه و مع ضعفه يكتب حديثه اهـ و رواه البيهقيؒ بسندين في الاجارة باب اثم من منع الاجير أجره ص١٢١ ج٢ و في التلخيص الجسير ص٥٩ ج٣ و هذا الحديث ذكره البغويؒ في المصابيح في قسم الحسان. (٢)أما حديث جابر رضى الله تعالى عنه الخ. كذا في نصب الراية. ص١٣٠ ج٤. (٣)أما حديث انس رضى الله تعالى عنه الخ. كذا في نصب الراية. (٤)أخرجه ابو احمدؒ الخ. كذا في نصب الراية. (٥)أخرجه البخاريؒ في البيوع باب اثم من باع حرا ص٢٩٧ ج١ و في الاجارات باب اثم من منع أجر الاجير ص٣٠٢ ج١ و قال الحافظ العينيؒ في العمدة: هذا الحديث من افراد البخاريؒ. (٦)أخرجه عبدالرزاقؒ في البيوع باب الرجل يقول بع هذا بكذا فما زاد فلك و كيف إن باعه بدين؟ ص٢٣٥ ج٨.

..................................

عن إبراهيم عن أبي هريرة و أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنهما أو أحدهما أن النبي ﷺ قال من استأجر أجيراً فليسم له إجارته قال عبدالرزاق قلت للثوري أسمعت حماداً يحدث عن ابراهيم عن أبي سعيد رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال من استأجر أجيراً فليسم له إجارته قال نعم و حدث به مرة أخرى فلم يبلغ به النبي ﷺ و رواه الكرخي في مختصره حدثنا الحضرمي قال حدثنا محمد بن العلاء قال حدثنا يزيد بن الحباب عن سفيان عن حماد عن ابراهيم عن أبي هريرة و أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنهما قالا قال رسول الله ﷺ من استأجر أجيراً فليعلمه أجره و رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري و أبي هريرة رضى الله تعالى عنهما عن النبي ﷺ قال من استأجر أجيراً فليعلمه أجره و عن عبد الرزاق رواه اسحاق بن رواهويه في مسنده فقال أخبرنا عبدالرزاق حدثنا معمر عن حماد عن ابراهيم عن الحدرى رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال من استأجر أجيراً فليبين له أجرته و قال عبدالحق في أحكامه إبراهيم (١) لم يدرك أبا سعيد رضى الله تعالى عنه و رواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفا على الخدرى و أبي هريرة رضى الله تعالى عنهما فقال حدثنا وكيع عن سفيان عن حماد عن ابراهيم عن أبي هريرة و أبي سعيد رضى الله تعالى عنهما قالا من استأجر أجيراً فلم يعلمه أجره قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل سألت أبازرعة عن هذا الحديث فقال الصحيح انه موقوف ثم المصنف لم يذكر إلا هذين الحديثين أحدهما معلول و الآخر موقوف و فيها أحاديث صحيحة منها حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه الذى أخرجه البخاري و قد ذكرناه أنفاً و منها آخر أخرجه (٢) البخاري عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه عن

(١) ابراهيم لم يدرك ابا سعيد رضى الله تعالى عنه أى لم يسمع منه كذا قاله الحافظ ابن حجر في الدراية. (٢) أخرجه البخاري في الاجارات باب رعى الغنم على قراريط ص ٣٠١ ج ١. قال الحافظ العيني في عمدة القارى ص ٧٩ ج ١٢ في شرح هذا الحديث: قوله "إلا رعى الغنم" و في رواية الكشميهني إلا راعي الغنم. قوله "و أنت" أي و انت ايضا رعيت الغنم فقال نعم. قوله "على قراريط" و اختلف في القراريط فقيل هي قراريط النقد و الدليل عليه ما رواه ابن ماجه عن سويد بن سعيد عن عمرو بن يحى كنت أرعاها لأهل مكة بالقراريط و قال سويد شيخ ابن ماجه يعني كل شاة بقيراط يعني القيراط الذى هو جزء من الدينار او الدرهم و قال ابراهيم الحربي قراريط اسم موضع بمكة قرب جياد و لم يرد القراريط من النقد و قال ابن الجوزى الذى قاله الحربي اصح و هو تبع في ذلك شيخه ابن ناصر فانه خطا سويدا في تفسيره و قال بعضهم لكن رجح الاول لأن اهل مكة لا يعرفون مكانا يقال له قراريط (قلت) و كذلك لا يعرفون القيراط الذى هو من النقد و لذلك جاء في الصحيح "ستفتحون ارضا يذكر فيها القراط" و لكن لايلزم من عدم معرفتهم القراريط الذى هو اسم موضع و القراريط التي من النقد ان لا يكون للنبي ﷺ بذلك علم فالنبي ﷺ لما اخبر بانه رعى الغنم على قراريط علموا في ذلك الوقت انها اسم موضع و لم يكونوا علموا به قبل ===

**و ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة**

النبي ﷺ قال ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم فقال أصحابه و أنت فقال نعم كنت أرعاها على (١) قراريط لاهل مكة و منها أخرجه (٢) البخاريّ عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت استأجر رسول الله ﷺ و أبو بكر رجلاً من بنى الديل ثم من بنى عبد بن عدى هاديا خرّيتا و الخريت الماهر بالهداية قد غمس يمين حلف فى ال العاص بن وائل و هو على دين كفار قريش فامناه فدفعا إليه راحلتيهما و واعداه غار ثور بعد ثلاث ليال فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث و منها آخر أخرجه (٣) ابن حبانّ فى صحيحه عن سويد بن قيس قال جلبت أنا و مخرمة العبدى بزاً من هجر فأتانا رسول الله ﷺ فساومنا سراويل و عنده وزان يزن بالأجر فقال له النبى ﷺ زن و أرجح (**و ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة**) أى ينعقد عقد الإجارة ساعة بعد ساعة على حسب حدوث المنافع لأنها هى المعقودة عليها فالملك فى البدلين أيضاً يقع ساعة فساعة لأن المعاوضة تقتضى التساوى و الملك فى المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا فى بدلها و هو الأجرة و عندنا محل العقد المنافع و العين جعلت خلفاً عنها فى حق

=> ذلك لكون هذا الاسم قد هجر استعماله من قديم الزمان فاظهره ﷺ فى ذلك الوقت و يدل على تايد ذلك شيئان احدهما ان كلمة على فى اصل وضعها للاستعلاء و الاستعلاء حقيقة لا يكون الا على القراريط الذى هو اسم موضع و على القراريط من النقد يكون بطريق المجاز فلا يصار الى المجاز إلا عند تعذر الحقيقة و لا تعذر هنا و الثانى جاء فى رواية كنت ارعى غنم اهلى بجياد و هو موضع باسفل مكة فهذا يدل على انه يرعى تارة بجياد و تارة بقراريط الذى هو المكان و هذا يدل ايضا انه ما كان يرعى باجرة فإذا كان كذلك فلا دخل للقراريط من النقد فى هذا الموضع فان قلت متى كان هذا الرعى فى عمره ﷺ (قلت) علم بالاستقراء من كلام ابن اسحاق و الواقدى انه كان يرعى و عمره نحو العشرين سنة (فان قلت) ما الحكمة فيه (قلت) التقدمة و التوطئة فى تعريفه سياسة العباد و حصول التمرن على ما سيكلف من القيام بامر امته (فان قلت) ما وجه تخصيص الغنم فيه (قلت) لأنها اضعف من غيرها واسرع انقيادا و هى من دواب الجنة (فان قلت) ما الحكمة فى ذكره ﷺ ذلك (قلت) اظهار تواضعه لربه مع كونه اكرم الخلق عليه و تنبيه امته على ملازمة التواضع و اجتناب الكبر و لو بلغ اقصى المنازل الدنياوية و فيه ايضا اتباع لاخوته من الرسل الذين رعوا الغنم و فى حديث للنسائى قال رسول الله ﷺ بعث موسى و هو راعى غنم و بعث داود و هو راعى غنم عليهما و عليه صلوات الله و سلامه دائما ابدا. (١)على قراريط و هو جمع قراط بتشديد الراء فابدل أحد حرفي التضعيف ياء و مثل هذا كثير فى لغة العرب و القيراط نصف دانق و قيل هو نصف عشر الدينار و قيل هو جزء من أربعة و عشرين جزءا و قال بعضهم على هنا بمعنى الباء و هى للسببية أو المعاوضة و قيل إنها للظرفية قلت تجيء على بمعنى الباء نحو حقيق على أن لا أقول و قد قرأه ابى رضى الله تعالى عنه بالباء و لكن كونها للسببية غير بعيد و كذلك كونها للمعاوضة إلا أن كونها للظرفية بعيدا اللهم إلا أن يقال ان القراريط اسم موضع كذا فى العمدة. (٢)أخرجه البخاريّ فى الاجارات باب استيجار المشركين عند الضرورة الخ ص ٣٠١ ج ١. (٣)أخرجه ابن حبانّ الخ. كذا فى نصب الراية ص ١٣٢ ج ٤.

و الدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا (١) و استحقاقاً حال وجود المنفعة

إضافة العقد و به (٢) قال مالك و أحمد و أكثر أصحاب الشافعي و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و قال بعض أصحاب الشافعيّ محل العقد العين لأنها الموجودة و العقد يضاف إليها ثم عند الثلاثة رحمهم الله تعالى يجعل العين المعدومة كالموجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد و يبتنى على هذا مسائل منها الأجرة تملك بنفس العقد عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و عندنا لا تملك إلا باحدى معاني ثلثة إما بشرط التعجيل في العقد أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه و في العيون أو بالتمكن من الاستيفاء و قال مالكّ تملك الأجرة لا يكون إلا بالإستيفاء فقط و منها إذا مات أحد المتعاقدين لم يبطل العقد عند الثلاثةّ و منها يجوز عندهم إجارة سكنى دار بسكنى دار أخرى و منها إذا آجر عبده ثم أعتقه بقي العقد عندهم (و الدار أقيمت مقام المنفعة (٣)) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال إذا كان انعقاد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها و إذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يمتنع بلا عذر و تقرير الجواب أن الدار أقيمت مقام المنفعة (في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول) إلزاماً للعقد في المقدار المعين (ثم عمله) أي عمل العقد و هو أثره (يظهر في حق المنفعة ملكا و استحقاقاً حال وجود المنفعة) أراد أن حكم اللفظ يتراخي إلى حين وجود المنفعة من حيث الملك و الاستحقاق فيثبتان معاً حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فإن الملك في المبيع يثبت في الحال و يتأخر الاستحقاق إلى زمان نقد الثمن فإن قلت ماالفائدة في قوله استحقاقاً قلت بينهما مغايرة فلذلك ذكره لأن الاستحقاق لا يكون إلا بعد ثبوت الملك و لكن في البيع يتأخر كما ذكرنا بخلاف الملك و أما في الإجارة فمن ضرورة تأخر الملك تأخر الاستحقاق و لهذا بعد الاستيفاء لا يمكن القول بتراخي الاستحقاق فافهم و إنما ذكر قوله ليرتبط الإيجاب بالقبول لأنها عقد و هما من أركان العقود و يجب أن يكونا بلفظين يعبر بهما عن الماضي نحو أن يقول أحدهما آجرت و يقول الآخر قبلت و لا تنعقد إذا كان أحدهما

(١)تملكا. ن. ملكا. (٢)و به قال مالكّ الخ. كذا في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٤ ج٦. (٣)المنفعة. و في تكملة الطوريّ: و المراد من المنفعة أن تكون مقصودة من العين فلو استأجر ثياباً ليبسطها و لا يجلس عليها و لا ينام أو دابة ليربطها في داره و يظن الناس أنها له أو ليجعلها أجنبية بين يديه أو آنية يضعها في بيته يتجمل بها و لا يستعملها فالاجارة في جميع ذلك فاسدة و لا أجرة له لأن هذه المنفعة غير مقصودة كذا في الخلاصة.

و لا يصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا و لأن الجهالة فى المعقود عليه و فى بدله تفضى إلى المنازعة كجهالة الثمن و المثمن فى البيع و ما جاز أن يكون ثمناً فى البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة

ماضياً و الآخر مستقبلا كما فى البيع و تنعقد بلفظ الإعارة حتى لو قال أعرتك هذه الدار شهراً بكذا صحت وكذا لو قال وهبتك منافع هذه الدار شهراً بكذا أو ملكتك منافعها بكذا و تنعقد (١) بالتعاطى أيضاًو قال شيخ الإسلامؒ لا تنعقد بلفظ البيع و ينبغى أن يجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة مجازاً و به (٢) قال الشافعیؒ فى اظهر الوجهين و احمدؒ فى وجه و قال احمدؒ فى وجه تنعقد بلفظ البيع كقولنا و تنعقد بلفظ الكراء و نحوه (و لا يصح) أى عقد الإجارة (حتى تكون المنافع معلومة و الأجرة معلومة) و هذان لا خلاف فيهما (لما روينا) أشاربه إلى قوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره فالحديث دل بعبارته على اشتراط إعلام الأجرة و بدلالته على اشتراط إعلام المنافع لأن اشتراط إعلام الأجرة لقطع المنازعة فالمنفعة تشاركها فى المعنى (ولأن الجهالة فى المعقود عليه و فى بدله تفضى إلى المنازعة كجهالة الثمن و المثمن فى البيع) لأن شرعية المعاوضات لقطع المنازعات و الجهالة فيها مفضية اليها (و ما (٣) جاز ان يكون ثمناً فى البيع) كالنقود و المكيل و الموزون (جاز أن يكون أجرة فى الإجارة) إلى هنا لفظ القدوریؒ

(١)تنعقد بالتعاطى الخ. و فى الهندية و تنعقد الاجارة بالتعاطى بيانه فيما ذكر محمدؒ فى اجارات الاصل فى باب اجارة الثياب إذا استأجر رجل من آخر قدورا بغير أعيانها لا يجوز للتفاوت بين القدور من حيث الصغر و الكبر فان جآء بقدور و قبلها المستأجر على الكراء الأول جاز و يكون هذا إجارة مبتدأة بالتعاطى كذافى الظهيرية. و لا تنعقد الاجارة الطويلة بالتعاطى كذا فى الخلاصة. و فى تكملة الطورى عن التاترخانية: و تنعقد الاجارة بغير لفظ كما لو استأجر داراً سنة فلما انقضت المدة قال ربها للمستأجر فرغها لى اليوم و إلا فعليك كل شهر بألف درهم فجعل فيه بقدر ما ينقل متاعه بأجرة المثل فان سكن شهرا فهى بما قال اهـ. و فى الشامية عن التاترخانية عن التتمة سألت ابا يوسفؒ عن الرجل يدخل السفينة أو يحتجم أو يفتصد أو يدخل الحمام أو يشرب المآء من السقاء ثم يدفع الأجرة و ثمن المآء قال يجوز استحسانا و لا يحتاج إلى العقد قبل ذلك اهـ. (٢)و به قال الشافعیؒ الخ. كذا فى شرح الوجيز ص ٨٢ ج٦ و المغنى ص ٤ ج٦. و فى الهندية للحنفية: ذكر شمس الأئمة الحلوانیؒ أن فى انعقاد الاجارة بلفظ البيع اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى و الأظهر أنها تنعقد بلفظ البيع إذا وجد التوقيت كذا فى الغياثية. (٣)و ما جاز الخ. و فى الدر المختار: (و كل ما صلح ثمنا) أى بدلا فى البيع (صلح أجرة) لأنها ثمن المنفعة و لا ينعكس كليا فلا يقال ما لا يجوز ثمنا لا يجوز أجرة لجواز إجارة المنفعة بالمنفعة اهـ. و فى رد المحتار على الدر المختار: (قوله و لا ينعكس كليا) قيد به ليفهم أن المراد به العكس اللغوى لا المنطقى و هو عكس الموجبة الكلية بالموجبة الجزئية اذ يصح بعض ما صلح أجرة صلح ثمنا اهـ.

**لأن الأجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع و ما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيانفهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لأنه عوض مالي**

قال الشيخ أبو نصر البغدادىؒ فى شرحه و هذا الذى ذكر ليس على وجه الحد و انه لا يجوز غيره يبين ذلك أن الأعيان لا تكون أثماناً و تكون أجرة و إنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب و قال الاترازىؒ يعنى ما ذكره القدورىؒ مطرد و ليس ينعكس و أراد بالأعيان مالم يكن مثلياً كالحيوان ثم الحيوان إنما يصلح أجرة إذا كان معيناً و إلا فلا و قال الكرخىؒ فى مختصره فى الفرق بين المبيع و الثمن ما يتعين فى العقد فهو مبيع و مالم يتعين فهو ثمن إلا أن يقع عليه لفظة البيع قال الفراءؒ الثمن ما كان فى الذمة فالدارهم و الدنانير أثمان أبداً لا تتعين بالعقد على أصول أصحابنا فإنما تثبت فى الذمة و الأعيان التى ليست من ذوات الامثال مبيعة أبداً و المكيلات و الموزونات و العدديات المتقاربة بين مبيع و ثمن فان كانت معينة فهى مبيعة أيضاً و إن كانت غير معينة فان استعملت استعمال الأثمان فهى ثمن نحو أن يقول اشتريت منك هذا العبد بكذا و كذا حنطة و يصف و إن استعملت استعمال المبيع كان سلماً نحو أن يقول اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد إلا بطريق السلم و الفلوس بمنزلة الدراهم و الدنانير فى أنها لا تتعين بالتعيين كذا ذكره الشيخ أبو الفضل الكرمانىؒ فى الايضاح (لأن الأجرة (١) ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع) أى الإجارة بيع المنفعة و الأجرة ثمنها فيعتبر بالمبيع (و ما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان) التى ليست من ذوات الامثال كالحيوانات والعدديات المتفاوتة فإنها لا تصح ثمناً أصلا لما مر فى البيوع أن الأموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم و الدنانير و مبيع محض كالأعيان التى ليست من ذوات الامثال و ما كان بينهما كالمكيلات و الموزونات ثم الأعيان إنما تصح أجرة إذا كانت معينة كما إذا استأجر داراً بثوب معين و إن كان لا يصلح ثمناً قيل فيه نظر فإن المقايضة بيع و ليس فيها إلا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن و هو باطل و يمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الأصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فإنها تصلح أجرة إذا اختلف جنس المنافع .كما إذااستأجر سكنى دار بركوب دابة و لا تصلح ثمناً أصلا (فهذا اللفظ) أشار به إلى قوله ما جاز أن يكون ثمناً فى البيع إلى آخره و هذا لفظ القدورى (لا ينفى صلاحية غيره) أى غير الثمن (لأنه) أى لأن الأجرة و التذكير على تأويل الأجر (عوض مالى) فيعتمد وجود المال و الأعيان و المنافع

(١)لأن الأجرة ثمن المنفعة أى و هى تابعة للعين و ما صلح بدلا عن الأصل صلح بدلا عن التبع كذا فى الشامية.

و المنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى و الارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أىّ مدة كانت لان المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت و قوله أىّ مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة

---

أموال فجاز أن تقع أجرة و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى حتى قالوا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار لأن السكنى يجوز أن تكون ثمناً فيجوز أن تكون أجرة و كره الثورىّ الإجارة بطعام موصوف فى الذمة ثم الأجرة إن كانت من النقود يشترط بيان جنسها و صفتها بأنها جيدة أو وسط أو رديئة و إن كانت مكيلا أو موزوناً أو عددياً متقارباً يشترط فيها بيان القدر و الصفة و يحتاج إلى بيان مكان الايفاء إذا كان له حمل و مؤنة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما و الثلاثة رحمهم الله تعالى و إن كانت عروضا أو ثيابا يشترط فيها شرائط السلم و فى هذا كله إذا كانت الأجرة عيناً فاعلامه بالإشارة لأنها أبلغ اسباب التعريف و ان كانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كانت عيناً لعدم ثبوت الحيوان فى الذمة بدلاً عما هو مال (و المنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى و الأرضين للزراعة فيصح العقد) أى عقد الاجارة (على مدة معلومة أى مدة كانت) هذا لفظ القدورىّ و به (١) قال كافة أهل العلم إلا أن أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى اختلفوا فى مذهبه فمنهم من قال له قولان أحدهما كقول سائر أهل العلم و هو الصحيح و الثانى لا يجوز اكثر من سنة لأن جوازه للحاجة و لا حاجة فى أكثر من سنة و منهم من قال له قول ثالث انها لا تجوز أكثر من ثلاث سنين لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى اكثر منها و تتغير الاسعار والأجر قلنا هذا مخالف لقوله تعالى ﴿على (٢) أن تأجرنى ثمانى حجج﴾ و شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم دليل على نسخه (لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت) احترز بهذا عن استئجار الأرض للزراعة إلى مدة معلومة حيث لا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأن ما يزرع فيها متفاوت على ما يجىء بيانه (و قوله) أى قول القدورىّ (أىّ مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة) و فى الذخيرة و لو وقتا مدة الإجارة وقتاً لا يعيش إليها أحدهما قبل المدة لا يصح و به أفتى القاضى أبو عصمة العامرىّ لأن الغالب كالمتيقن فى حق الأحكام

---

(١)و به قال كافة أهل العلم الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص٧ ج٦. (٢)على أن تأجرني الآية القصص:٢٧

و لتحقق الحاجة إليها عسى إلا أن في الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعى المستأجر ملكها و هي مازاد على ثلاث سنين و هو المختار

فكانت الإجارة مؤبدة و التابيد يبطل الأجارة و قال الخصافؒ يجوز لأن العبرة للفظ و انه يقتضى التوقيت و لا عبرة بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لأن ذلك عسى يوجد و عسى لا يوجد كما لو زوج امرأة إلى مائة سنة فانه توقيت لا تأبيد حتى يكون متعة و إن كانت المدة لا يعيش إليها غالباً و جعل نكاحاً موقوفاً اعتباراً للفظ (و لتحقق الحاجة اليها عسى) أى إلى المدة الطويلة و كلمة عسى ههنا وقعت مجرداً عن الاسم و الخبر تقديره عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يقع و أهل العربية يأبون ذلك (إلا أن في الاوقاف) استثناء من قوله أيّ مدة كانت (لا يجوز الإجارة الطويلة) يعني من متولي الوقف (كيلا يدعى المستأجر ملكها) أى ملك العين المستأجرة (و هي) أى الإجارة الطويلة في الأوقاف (ما زاد (١) على ثلاث سنين و هو المختار) أى المختار في المذهب أن لا يزيد على ثلاث سنين و هو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى و قال غيرهم يجوز و به قال أكثر أهل العلم و لكن يرفع الى الحاكم حتى يبطله و به أفتى الفقيه أبو الليثؒ كذا في التتمة هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر اكثر من سنة و أما (٢) إذا شرط فليس لمتولي الوقف أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك

(١)ما زاد على ثلاث سنين أى في الضياع و على سنة في غيرها كالدار و الحانوت كذا في الدر مع الرد. (٢)و أما إذا شرط الخ. و في الخانية: و إن كان الواقف شرط أن لا يؤجر اكثر من سنة يجب مراعاة شرطه و لا يفتى بجواز هذه الاجارة اكثر من سنة. زاد في الذخيرة إلا إذا كانت إجارتها اكثر من سنة أنفع للفقراء فحينئذ تؤجر اكثر من سنة إن لم يشترط الواقف شيئا. قال الفقيه ابو جعفرؒ:أجوزها في الثلاثة و لا أجوزها في اكثر من ذلك و الصدر الشهيد حسام الدينؒ كان يقول: يفتى في الضياع بالجواز في ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز و في غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيما زاد على سنة إلا إذا كانت المصلحة في الجواز و هذا أمر يختلف باختلاف الزمان و المواضع. و المراد بعدم الجواز عدم الصحة و قيل تصح و تفسخ ذكره النسفيؒ. و إجارة الوقف و مال اليتيم لا يجوز إلا بأجر المثل فلو آجر بدون أجرة المثل يلزم المستأجر تمام الأجرة و عليه الفتوى كذا في فتاوى قاضيخان. و إذا استأجر الوقف فرخصت الأجرة لا تفسخ الاجارة و إن زادت أجرة مثلها بعد مضى بعض المدة ذكر في فتاوى أهل سمرقند أنه لا يفسخ العقد.و ذكر في شرح الطحاوى أنه يفسخ العقد و يجدد على ما زاد. و لو كانت الأرض بحال لا يمكن فسخها بأن كانت مزروعة لم تحصد فمن وقت الزيادة تجب إلى انتهاء المدة. هذا إذا زادت عند الكل. قال في شرح الطحاوى: أما في الأملاك لا يفسخ العقد برخص أجرة المثل و لا بزيادته باتفاق الروايات. و في التاترخانية: سئل عمن آجر منزلا لرجل و المنزل وقف على الآخر و على أولاده فأنفق المستأجر في عمارة المنزل بأمر المؤجر قال: إن كان للمؤجر ولاية على الوقف كان على المستأجر أجرة مثله و لا يرجع =>

**قال و تارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبه أو خياطة أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماها لأنه إذا بين الثوب و لون الصبغ و قدره و جنس الخياطة و القدر المحمول و جنسه و المسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد و ربما يقال**

---

يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها و في شرح حيل الخصافؒ الحيلة (١) لجواز الإجارة الطويلة على الأوقاف أن يعقد عقوداً متفرقة على الاوقاف كل عقد على سنة فيكتب في الصك استأجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقدا كل عقد على سنة فيكون العقد الأول لازماً و الثاني غير لازم لأنه مضاف (قال) أي القدوريؒ (و تارة تصير) أي المنافع (معلومة بنفسه) (٢) أي بنفس العقد (كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطة أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوما أو يركبها مسافة سماها لأنه إذا بين الثوب) بأنه قطن أو كتان أو صوف أو حرير لأنه يتفاوت في الصبغ و الخياطة (ولون الصبغ) بأنه احمر أو اصفر و نحوهما (و قدره) أي قدر الصبغ بأن يلقيه في جب الصبغ مرة أو مرتين (و جنس الخياطة) بأنها فارسية أو رومية (و القدر المحمول) على الدابة بأنه قنطار أو قنطاران (و جنسه) أي جنس المحمول بأنه حنطة أو شعير أو ملح (و المسافة) بأنه يوم أو يومان (صارت المنفعة معلومة فصح العقد) لارتفاع الجهالة المفضية إلى النزاع (و ربما يقال) إشارة إلى تخريج بعض المشايخؒ منهم القاضي أبو زيدؒ فانه ذكر في الاسرار أن الاجارة نوعان بيع منفعة بجنسه و هو إجارة الدار و نحوها و بيع العمل المسمي المعلوم و انه يجوز من غير ذكر الوقت و قال صاحب التحفةؒ الاجارة نوعان إجارة على المنافع و إجارة على الأعمال و لكل (٣) نوع شروط و أحكام أما الاجارة على المنافع فكإجارة الدور و

---

=> بما أنفق و إن لم يكن له ولاية على الوقف كان متطوعا و لا يرجع بشيء اه. و قد وقعت حادثة الفتوى في واقف شرط في كتاب وقفه أن لا يؤاجر وقفه من متجوه و لا من ظالم و لا من حاكم فآجر الناظر الوقف منهم و عجلوا الأجرة قدر أجرة المثل هل يجوزهذا العقد لأن الواقف إنما منع خوفا على الأجرة من الضياع و عدم حصول النفع للفقراء أو لا يجوز؟ فأجيب بالجواز أخذاً من قول صاحب الوجيزؒ إذا شرط الواقف مدة و إن كان نفع الفقراء في غيره يخالف شرط الواقف و يؤجره بخلافه كذا في تكملة الطوريؒ. (١) الحيلة الخ. و في الدر المختار: قدمنا في الوقف أن الفتوى على إبطال الاجارة الطويلة و لو بعقود اه. و في رد المحتار: فالحيلة حينئذ أن يحكم بها حنبلي كما يفعل في زماننا اه. (٢)بنفسه. و في بعض نسخ المختصر: و تارة تصير معلومة بالتسمية. أقول لعل الصواب هذه النسخة لأن المنافع لا تصير معلومة في هذا بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب و ألوان الصبغ على ما أشار إليه المصنفؒ بقوله لأنه إذا بين الخ كذا في النتائج. (٣)لكل نوع شروط. و في الهندية: و أما شرائط الاجارة فانواع بعضها شرط الانعقاد و بعضها شرط النفاذ و بعضها شرط الصحة و =>

..........................................................

..........................................................

=> بعضها شرط اللزوم أما شرائط الانعقاد فمنها العقل حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون و الصبى الذى لا يعقل و أما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد و لا من شرائط النفاذ عندنا حتى ان الصبى العاقل لو آجر ماله أو نفسه فان كان مأذونا تنفذ و ان كان محجورا تقف على اجارة الولي عندنا و كذا لو آجرا الصبى المحجور نفسه و سلم و عمل و سلم من العمل يستحق الاجر فيكون الاجرله و كذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد الاجارة و لا لنفاذها عندنا فينفذ عقد المملوك إن كان ماذونا و يقف على اجارة المولى إن كان محجورا و اذا سلم من العمل فى اجارة نفسه أو اجارة مال المولى وجب الاجر المسمى و يكون الاجر للمولى و لو هلك الصبى أو العبد فى يد المستأجر ضمن لأنه صار غاصبا من حيث استعمالهما من غير اذن المولى و الولى و لا يجب الاجر و لو قتل العبد و الصبى خطأ فعلى عاقلته الدية و القيمة و عليه الاجر و للمكاتب أن يؤاجر و يستأجر و أما كون العاقد طائعا مختارا عامدا فليس بشرط لانعقاد هذا العقد و لا لنفاذه عندنا لكنه من شرائط الصحة و اسلامه ليس بشرط أصلا فتجوز الاجارة و الاستئجار من المسلم و الذمي و الحربى و المستأمن و أما خلو العاقد عن الردة اذا كان ذكرا فشرط فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما ليس بشرط و منها الملك و الولاية فلا تنفذ اجارة الفضولى لعدم الملك والولاية لكنها تنعقد موقوفة على اجارة المالك عندنا و منها قيام المعقود عليه فاذا آجر الفضولى فاجاز المالك العقد بعد استيفاء المنفعة لم تجز اجارته و كانت الأجرة للعاقد لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت و إجارة الوكيل نافذة لوجود الولاية و كذلك الإجارة من الاب و الوصى و القاضي و أمينه نافذة لوجود الانابة من الشرع و لا تجوز اجارة غير الاب و وصيه و الجد و وصيه من سائر ذوى الرحم المحرم اذا كان له أحد ممن ذكرنا و لو بلغ الصبى فى هذا كله قبل انقضاء مدة الاجارة فله الخياران شاء أمضى الاجارة و ان شاء فسخ و منها تسليم المستأجر فى اجارة المنازل و نحوها اذا كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل عندنا حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر لا يستحق شيأ من الأجر و لو مضى بعض المدة ثم سلم فلا أجر له فيما مضى و منها أن يكون العقد مطلقا عن شرط الخيار فان كان فيه خيار لا ينفذ فى مدة الخيار و أما شرائط الصحة فمنها رضا المتعاقدين و منها أن يكون المعقود عليه و هو المنفعة معلوما علما يمنع المنازعة فان كان مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة يمنع صحة العقد و الا فلا و منها بيان محل المنفعة حتى لو قال آجرتك احدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدين أو استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد و منها بيان المدة فى الدور و المنازل و الحوانيت و فى استئجار الظئر و أما بيان ما يستأجر له فى اجارة المنازل فليس بشرط حتى لو استأجر شيأ من ذلك و لم يسم ما يعمل فيه جاز و أما فى اجارة الارض فلا بد من بيان ما يستأجر له و فى اجارة الدواب من بيان المدة أوالمكان و من بيان ما يستأجر له من الحمل و الركوب و منها بيان العمل فى استئجار الضياع و كذا بيان المعمول فيه فى الاجير المشترك بالاشارة و التعيين أو بيان الجنس و النوع و القدر و الصفة فى ثوب القصارة و الخياطة و بيان الجنس و القدر فى اجارة الراعى من الخيل و الابل و البقر و الغنم و عددها و أما فى حق الاجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه و نوعه و قدره و صفته و انما يشترط بيان المدة فقط و بيان المدة فى استئجار الظئر شرط الجواز بمنزلة استئجار العبد للخدمة و منها أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة أو شرعا فلا يجوز استئجار الآبق و لا الاستئجار على المعاصى لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعا و منها أن لا يكون العمل المستأجر له =>

**الإجارة قد يكون عقداً على العمل كاستئجار القصار و الخياط و لا بد أن يكون العمل معلوماً و ذلك في الأجير المشترك و قد يكون عقداً على المنفعة كما في أجير الوحد و لا بد من بيان الوقت قال و تارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين**

---

المنازل و الحوانيت و الضياع و عبيد الخدمة و الدواب للركوب و الحمل و الثياب و الحلي للبس و الأواني للاستعمال و العقد في ذلك كله جائز و شرط جوازه أن تكون العين المستأجرة معلومة و الأجرة معلومة و المدة معلومة بيوم أو شهر أو سنة لأنه عقد معاوضة كالبيع و إعلام المبيع و الثمن شرط في البيع فكذلك ههنا إلا أن المعقود عليه ههنا هو المنافع فلا بد من إعلامها بالمدة و العين الذي عقد عليه الاجارة على منافعه و أما الإجارة على الأعمال فكإستئجار الإسكاف و القصار و الصباغ و سائر من يشترط عليه العمل في سائر الأعمال من حمل الأشياء من موضع إلى موضع و نحوه و أحكام هذا مذكورة في الكتاب أشار إليه بقوله (الإجارة قد يكون عقداً على العمل كاستئجار القصار و الخياط و لا بد أن يكون العمل معلوماً و ذلك) كالخياطة الفارسية أو الرومية و القصارة مع النشاء أو بدونه (و ذلك في الأجير المشترك) أي كون العقد على العمل في الأجير المشترك (و قد يكون عقداً على المنفعة) كاستئجار الرجل يوماً أو شهراً للعمل (كما في أجير الوحد) بالإضافة و في بعض النسخ الأجير الوحد و الأول أصح لأنه ذكر في المغرب (٢) أجير الوحد على الإضافة خلاف الأجير المشترك فيه من الواحد بمعنى الوحيد و معناه أجير المستاجر الواحد و في معناه الأجير الخاص و لو حرك الحاء لصح لأنه يقال رجل وحد أي منفرد (و لا بد من بيان الوقت) أي المدة (قال) أي القدوري (و تارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين

---

=> فرضا و لا واجبا على الاجير قبل الاجارة فان كان فرضا أو واجبا قبلها لم يصح و منها أن تكون المنفعة مقصودة معتادا استيفاؤها بعقد الاجارة و لا يجرى بها التعامل بين الناس فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها و منها أن يكون مقبوض المؤاجر اذا كان منقولا فان لم يكن في قبضه فلا تصح اجارته و منها أن تكون الاجرة معلومة و منها أن لا تكون الاجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه كاجارة السكنى بالسكنى و الخدمة بالخدمة و منها خلو الركن عن شرط لا يقتضيه العقد و لا يلائمه و أما شرائط اللزوم فمنها أن يكون العقد صحيحا و منها أن لا يكون بالمستأجر عيب في وقت العقد و وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان لم يلزم العقد و منها أن يكون المستأجر مرئيا للمستأجر و منها سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازما و منها عدم حدوث عذر باحد العاقدين و بالمستأجر حتى لو حدث باحدهما أو بالمستأجر عذر لا يبقى العقد لازما و منها عدم عتق العبد المستأجر حتى لو آجر رجل عبده سنة فلما مضى ستة أشهر أعتقه فهو بالخيار ان شاء مضى على الاجارة و إن شاء فسخ و منها عدم بلوغ الصبي المستأجر آجره أبوه أو وصي أبيه أو جده أو وصي جده أو القاضي أو أمينه هكذا في البدائع. (٢) المغرب مادة وحد ص ٣٤٤ ج ٢.

و الإشارة كمن استأجر رجلاً بأن (١) ينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم لأنه إذا أراه ما ينقله و الموضع الذى يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد.

## باب الأجر متى يستحق

قال الأجرة لا تجب بالعقد

---

و الإشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم لأنه إذا أراه) أى لأن الرجل المستأجر بكسر الجيم إذا أرى الرجل المستأجر بفتح الجيم (ما ينقله و الموضع الذى يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد) بدون ذكر المدة والله أعلم بالصواب.

(باب الأجر متى يستحق)

لما (٢) كانت صحة الإجارة موقوفة على إعلام الأجرة احتاج إلى بيان وقت وجوبها و بوب له باباً (قال) أى القدورى (الأجرة لا تجب بالعقد) أى بنفس العقد قال تاج الشريعة أراد وجوب الأداء أما نفس الوجوب فثبت بنفس العقد و قال السغناقى لا تجب معناه لا يجب تسليمها و أداء ها بمجرد العقد و قال صاحب العناية هذا ليس بواضح لأن نفى وجوب التسليم لا يستلزم نفى التملك كالمبيع فإنه يملكه المشترى بمجرد العقد و لا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن و الصواب أن يقال معناه لا تملك لأن محمداً ذكر فى الجامع أن الأجرة لا تملك و ما لم يملك لا يجب إيفاؤه فإن (٣) قلت

---

(١)بأن ينقل. ن. لينقل. (٢) لما كانت الخ. الأظهر أن يقال لما كان وقت استحقاق الأجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع و كان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان استحقاق الأجرة و ما يتعلق به من المسائل كذا فى النتائج. (٣)فان قلت الخ. كذا فى العناية. أقول لا السوال بشيء و لا الجواب أما الأول فلأن ذكر الأعم و ارادة الأخص إنما ليس بمجاز شائع إذا لم تتحقق قرينة مخصصة و أما إذا تحققت القرنية فذلك مجاز شائع وقوعه فى كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرزعما يورث خفاء المراد و فيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الأخص و هي قوله و قال الشافعي رحمه الله تعالى تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله و قال الشافعي رحمه الله تعالى تملك بنفس العقد و إلا لم يكن محل الخلاف متحدا و أما الثانى فلأنه إن أراد بقوله و نفى الوجوب فيها أنه قصد نفى الوجوب فى الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفى التملك لم يكن مطابقا لقوله و الصواب أن يقال معناه لا تملك و إنما مورد السوال ذلك و إن اراد به أنه جعل نفى الوجوب مجازا عن نفى التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج إلى قوله أخرج الكلام مخرج الغالب و هو أن تكون الأجرة مما يثبت فى الذمة لأن الأجرة كلها سواء كانت عينا أو دينا مما يملك و إذا كان ما يثبت فى الذمة منها هو الدين دون العين فنفى التملك بالعقد ينتظم فى جميع أنواع الأجرة و لا يختص بما هو الغالب منها و هو الدين الثابت فى الذمة حتى يحتاج إلى أن يقال أخرج الكلام مخرج الغالب على أن قوله و هو يستلزم نفى التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب فى الذمة مع أنه مما يملك قطعا و قال بعضهم فان فى صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل كذا فى النتائج.

و تستحق باحدى معان ثلاثة إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه و قال الشافعي رحمه الله تعالى تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة

فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه و ذكر الأعم و إرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم عليه أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب و هو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة و نفي الوجوب فيها و هو يستلزم نفي التملك لا محالة و على هذا كان قوله تستحق بمعنى تملك يدل على هذا كله قوله و قال الشافعي رحمه الله تعالى تملك بنفس العقد و إلا لم يكن محل الخلاف متحداً انتهى قلت ذكر في الذخيرة يجب أن يعلم أن الأجرة لا تملك بنفس العقد و لا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل سواء كانت الأجرة عيناً أو ديناً هكذا ذكر محمد في الجامع و في كتاب التحري و ذكر في الإجارات أن الأجرة إذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد و إن كانت ديناً تملك بنفس العقد و تكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ رحمهم الله تعالى على أن الصحيح ما ذكره في الجامع و كتاب التحري و قال بعضهم ما ذكره في الإجارات قول محمد أولاً و ما ذكره في الجامع قوله آخراً و هو الأصح لأن الإجارة عقد معاوضة فتوجب المساواة بين البدلين ما أمكن ما لم يغير بالشرط فلو قلنا إن إيفاءها يجب قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة و به قال مالك رحمه الله تعالى (و تستحق بأحد معان ثلاثة) و في بعض النسخ باحدى معان ثلاثة فوجهه أن يكون على تأويل العلل لأن المراد من المعاني العلل و لكن الفقهاء يكفون عن استعمال العلل لكونها من اصطلاحات الفلاسفة و قال تاج الشريعة المسموع من السلف باحدى معان إذ المراد من المعاني العلل (إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه) و في العيون أو بالتمكن من الاستيفاء قيل شرط التعجيل شرط فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد و لأحد المتعاقدين فيه منفعة فيفسد العقد أجيب بأن وجوب الأجرة من مقتضيات العقد و العقد يقتضي ثبوت الحكم عقيبه إلا أن التعجيل سقط لمانع و قد زال المانع كالبيع يقتضي ثبوت الحكم عقيبه و بالخيار لا يثبت لمانع فإذا سقط المانع ثبت الحكم مضافاً إلى العقد السابق كذا هنا فإن قلت كيف تستحق بالتعجيل من غير شرط و المساواة بين البدلين شرط قلت لأنه عجل بعد انعقاد سبب الوجوب لأن سببه هو العقد إلا انه ما عمل عمله في إيجاب الملك في الأجرة للحال لتحقق المساواة فإذا عجل فقد رضي ببطلان حقه في المساواة فصح كتعجيل الزكاة قبل حولان الحول و تعجيل الدين المؤجل كالبائع إذا سلم المبيع قبل استيفاء الثمن فانه يصح لأنه يعد سبب الوجوب (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة

حكماً ضرورة تصحيح العقد فيثبت (١) الحكم فيما يقابله من البدل ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا و العقد معاوضة و من قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر و إذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجرة لتحقق التسوية و كذا إذا شرط التعجيل أو عجّل من غير شرط لأن المساواة تثبت حقاً له و قد أبطله و إذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر و إن لم يسكنها

---

حكماً ضرورة تصحيح العقد) و لهذا صحت الاجارة بأجرة مؤجلة و لو لم تجعل موجودة كان ديناً بدين و هو حرام لا محالة و إذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى و انتفاء المانع (فثبت الحكم فيما يقابله من البدل) فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك فالجواب أن الضروري إذا ثبت يستتبع لوازمه و إفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد (و لنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا) يعني في أول هذا الكتاب (و العقد معاوضة) أى عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف (و من قضيتها) أى من قضية عقد المعاوضة (المساواة) أى بين البدلين (فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر) و هو الأجر تحقيقاً للمساواة (و إذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجرة لتحقق التسوية و كذا إذا شرط التعجيل أو عجّل) أى الأجرة (من غير شرط لأن المساواة تثبت حقاً له) أى للمستأجر (و قد أبطله) أى أبطل المستأجر حقه بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط فان قلت ما فائدة هذا الخلاف قلت قد ذكر علاءالدين العالمّ في طريقة الخلاف أن فائدته أنه عندنا لا يثبت للمؤجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال و لو كانت الأجرة عبدا و هو قريبه لا يعتق عليه في الحال و عنده له ولاية المطالبة في الحال و يعتق عليه في الحال والجواب عن قوله و لو لم تجعل موجودة كان ديناً بدين و هو حرام أن ذلك ليس بدين لأن الدين ما يكون في الذمة و المنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين و هذا طريق سائغ شائع لكونه إقامة السبب مقام المسبب و أما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك (و إذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر و إن لم يسكنها) ذكر هذا لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال على هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة و أن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء و التمكن منه يقوم مقامه أحياناً و بدل أحد الأقسام لا يكون قسماً بذاته كذا قاله صاحب العناية

---

(١) فيثبت. ن. فثبت.

**لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم**

و فيه نظر لأنا لا نسلم أن التمكن من الاستيفاء بدل بل هو قسم بذاته فلذلك عده البعض رابعاً ثم قول المصنفؒ فعليه الأجر و إن لم يسكنها ليس على إطلاقه بل مقيد بقيود الأول مطلق التمكن حتى لو منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا تجب الأجرة و به قال أكثر أهل العلم و الثاني أن تكون الإجارة صحيحة ألا ترى إلى ما قال في تتمة الفتاوى لا يجب الأجرة في الإجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة و إنما تجب بحقيقة الاستيفاء بخلاف الإجارة الصحيحة فإن الأجرة تجب فيها بالتمكن من استيفاء المنفعة ثم في الاجارة الفاسدة إنما تجب الأجرة بحقيقة الاستيفاء إذا وجد التسليم إلى المستأجر من جهة الآجر أما إذا لم يوجد التسليم إليه من جهة الآجر لا يجب الأجر و إن استوفى المنفعة و نقله عن شروح الجامع الكبير و الثالث ما ذكره في الذخيرة و شرح الأقطع أن تمكن المستأجر يجب أن يكون في المكان الذى وقع العقد في حقه حتى لو استأجر دابة للكوفة فسلمها ببغداد حين مضت المدة فلا أجر عليه و الرابع أن يكون التمكن من الاستيفاء في المدة فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم و ذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة و لم يركب لا يجب الأجر و إن استأجر دابة إلى مكة فلم يركبها بل مشى راجلا فإن كان بغير علة في الدابة فعليه الأجر و إن كانت لعلة في الدابة أو لمرض به بحيث لم يقدر على الركوب لا أجر عليه و لو استأجر ثوباً ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل يوم دانق ما دام في الوقت الذى يعلم أنه لو كان يلبسه لا ينخرق لتمكن اللبس فإذا مضى وقت يعلم أنه لو كان يلبسه ينخرق سقط عنه الأجر لتعذر جعل الثوب منتفعاً به كالمرأة إذا أخذت الكسوة من الزوج و لم تلبس و لبست ثوب نفسها إذا مضى وقت لو لبسته لبساً معتاداً ينخرق كان لها ولاية المطالبة بكسوة أخرى و إلا فلا و في خلاصة الفتاوى (١) إذا آجر داراً و سلمها إليه فارغة إلا بيتاً كان مشغولاً بمتاع الآجر أو سلم إليه جميع الدار ثم انتزع بيتاً منها من يده رفع عن الأجر بحصة البيت و سكوت المصنفؒ عن هذه القيود للاختصار اعتماداً على دلالة الحال و العرف فإن حال المسلم دال على أن يباشر العقد الصحيح و على أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الإنتفاع به و العرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد و مكانه فكان معلوماً عادة (**لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم**

(١) خلاصة الفتاوى ص ١٠٤ ج ٣.

المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فإذا فات التمكن فات التسليم و انفسخ العقد فيسقط الأجر و إن وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها و من استأجر داراً

---

المحل مقامه إذ التمكن من الإنتفاع يثبت به) أي بتسليم المحل (فإن غصبها) أي العين المستأجر (غاصب من يده سقطت الأجرة لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فإذا (١) فات التمكن فات التسليم و انفسخ العقد فيسقط الأجر) و قال (٢) فخر الاسلام في فتاواه و الفضلي رحمهما الله تعالى لا تنفسخ الاجارة فاذا اراد المستأجر أن يسكن بقية المدة ليس للمؤجر منعه (و إن وجد الغصب في بعض المدة سقط) أي الأجر (بقدره إذ الانفساخ في بعضها) أي بعض المدة (و من (٣) استأجر داراً) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الأجر أي

---

(١)فاذا فات الخ. قال الرملي: فلو لم تفت المنفعة بالغصب كغصب الأرض المقررة للغرس و البناء مع الغرس و البناء لا تسقط لوجوده معه و هي كثيرة الوقوع فتأمل كذا في الشامية. (٢)قال فخر الاسلام الخ. و في الخانية أيضا: جآء المغصوب منه إلى الغاصب و قال الدار داري إن لم تخرج منها فهي عليك كل شهر بمائة درهم قال محمد إن كان الغاصب منكرا و يقول الدار لي و يسكن مدة فأقام المغصوب منه البينة أنها داره فقضى له بها لا أجر عليه و إن كان مقرا يلزمه المسمى اه و في الولواجية: رجل دفع ثوبا إلى قصار ليقصره بأجرة معلومة فجحد القصار الثوب ثم جآء به مقصورا و أقر قال هذا على وجهين إن قصره قبل الجحود له الأجر و إن قصره بعد الجحود لا أجر له. و لو كان غاصبا و المسألة بحالها إن صبغه قبل الجحود فله الأجر و إن صبغه بعده فرب الثوب بالخيار إن شآء أخذ الثوب و أعطاه قيمة ما زاد فيه و إن شآء ترك الثوب و ضمنه قيمة ثوب أبيض اه. و في التاترخانية: رجل استأجر دابة إلى مكان معلوم فلما بلغ نصف المدة أنكر الاجارة لزمه من الأجرة ما قبل الانكار و لا يلزم ما بعده و هو قول الثاني (أي ابي يوسف رحمه الله تعالى) و قال محمد رحمه الله تعالى لا تسقط عنه الأجرة بنفس الانكار. و لو كان عبدا و المسألة بحالها و قيمة العبد يوم العقد ألفان و يوم الجحود ألف فهلك العبد في يده بعد ما مضت السنة فالأجرة لازمة و تجب كل الأجرة و يجب عليه قيمة العبد و ينبغي أن يكون هذا على قول محمد رحمه الله تعالى و على قول الثاني (أي ابي يوسف رحمه الله تعالى) لما جحد فقد أسقط الأجر. و في المحيط: لو غرقت الأرض أو انقطع عنها الشرب أو مرض العبد سقط من الأجر بقدره لفوات التمكن من الانتفاع في المدة و لو استأجر داراً سنة فلم يسلمها الآجر حتى مضى شهر لم يكن لأحدهما الامتناع عن التسليم و التسلم في الثاني لأن الاجارة و إن كانت عقدا واحدا لكنها عقود متفرقة مضافة إلى ما يوجد من المنفعة. و من المشايخ رحمه الله تعالى من قال هذا إذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب في الاجارة لأجله فان كان وقت يرغب في الاجارة لأجله زيادة رغبة كحانوت في سوق رواجه في بعض السنة أو دار بمكة تستأجر سنة لأجل الموسم فلم تسلم في الوقت الذي يرغب لأجله فانه يخير في بعض الباقي دفعا للضرر عنه اه كذا في تكملة الطوري رحمه الله تعالى. (٣)من استأجر دارا الخ. المراد كل ما تقع الاجارة فيه على المنفعة أو على قطع المسافة أو على العمل كذا في الشامية.

**فللمواجر أن يطالبه بأجر (١) كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة إلا أن يبين وقت الاستحقاق في العقد لأنه بمنزلة التأجيل و كذلك إجارة الأراضي لما بينا ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود**

---

من إستأجر داراً مدة معلومة (فللمواجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه) أي المستأجر (استوفى منفعة مقصودة) قال السغناقي رحمه الله تعالى الصواب أن يقال فللمؤجر لأن قولنا آجر الدار هو أفعل لا فاعل و اسم الفاعل منه المؤجر لا المواجر قلت قد بينت فيما مضى أن المواجر ليس بفاعل من آجر و إنما هو فاعل من واجر و قد بينت أنه لغة العوام فإنهم يقولون واجر موضع آجر فبالضرورة إذا أخذوا منه الفاعل يقولون مواجر فالخطأ في قولهم واجر لا في قولهم مواجر فافهم و قال في شرح الأقطع و قال زفر رحمه الله تعالى لا يطالبه إلا بعد مضى مدة الاجارة و لو كانت مائة سنة و هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول لأن جميع المعقود عليه لم يصر مسلماً فلا يطالبه ببدله بخلاف ما إذا بين الاستحقاق مثل أن يقول آجرتك هذه الدار بكذا شيئاً على أن تعطيني الأجر بعد شهرين و لنا أنه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقاً للمعادلة بين المتعاقدين فكان القياس أن تجب الأجرة حالاً فحالاً كما لو قبض بعض المبيع و استهلكه إلا أنهم استحسنوا فأوجبوا الأجرة يوماً فيوماً تيسيراً (إلا أن يبين) أي المستأجر (وقت الاستحقاق في العقد لأنه) أي لأن البيان (بمنزلة التأجيل) و التأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل (و كذلك إجارة الأراضي) يعني إذا آجر الأرض له أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم لأنه منفعة مقصودة إلا إذا بين وقت الاستحقاق فلا يطالبه إلا في ذلك الوقت لأنه بمنزلة التأجيل (لما بينا) و هو قوله لأنه استوفى منفعة مقصودة إلى آخره (و من استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود) قال الكاكي رحمه الله تعالى هذا قول الكرخي رحمه الله تعالى ذكره في المبسوط و الإيضاح و أما قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى المرجوع إليه لم يقدر بتقدير بل قال كل ما سار مسيراً له من الأجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك و هو قول أبي يوسف و محمد رحمها الله تعالى و قال الاترازي رحمه الله تعالى نسبة ما ذكره القدوري رحمه الله تعالى إلى الكرخي رحمه الله تعالى عجيب جدا لأن الكرخي رحمه الله تعالى نص في مختصره أنه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأخير ألا ترى أنه قال فيه و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فيما له وقت يطالبه بأجرة كل يوم يمضي من مدة الإجارة و كذلك في المسافة

---

(١) بأجر. ن. بأجرة.

**و كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولاً لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة و انتهاء السفر و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل**

على قدر ما قطع منها فيما يمكن تحصيل جزء من أجزائه و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الذى يكترى ابلا إلى مكة للجمال أن يطالبه بالأجرة يوماً فيوما و هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر و هو ايضاً قول محمد رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في الدور و المنازل إذا استأجر الرجل شيئاً منها شهرا بأجر معلوم فليس له أن يأخذ الأجرة إلا إذا مضى شهر و ليس له أن يطالبه قبل ذلك روى ذلك عنه ابن سماعة و بشر بن الوليد و على بن الجعد رحمهم الله تعالى و روى عنه في الذى استأجر إبلا إلى مكة أنه لا يأخذ الأجر منه حتى يسير الثلث أو النصف و قال زفر رحمه الله تعالى إذا استأجر الرجل داراً كل شهر بعشرة دراهم أو كل سنة بمائة درهم فليس له أن يأخذ من الأجر شيئاً حتى يمضى شهر فى قوله كل شهر و حتى تمضى سنة فى قوله كل سنة فإن استأجر اثنى عشر سنة بألف درهم لم يكن له أن يطالب بشيء من ذلك حتى تمضى المدة و كذلك قال فى الكراء إلى مكة ذاهباً و جائياً أنه لا يطالب بالأجر حتى يذهب و يجيء و هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى رواه محمد رحمه الله تعالى فى الأصول و ما فى الاملاء فهو عندى قوله الأخير لأنه قال فى رمضان سنة احدى و ثمانين و مائة و هذا قبل موته شهرا انتهى و فى التقريب للقدورى رحمه الله تعالى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا استأجر إبلا إلىَ مكة لم يلزمه تسليم الأجرة حتى يرجع و هو قول زفر رحمه الله تعالى ثم رجع أبو حنيفة رحمه الله تعالى و قال كلما سار مرحلة طالبه بقدره و هو قولهما و كذا ذكره فى المختلف فى باب زفر رحمه الله تعالى (و كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولاً لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة و انتهاء السفر و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الأجر على اجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل) كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الأجرة قبل الفراغ فإن (١) قيل قال المصنف رحمه الله تعالى فلا يتوزع الأجر على أجزائها يعنى المنافع و هو خلاف المشهور فان المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض و قاس المنافع على العمل و هو فاسد لأن شرط القياس المماثلة بين الأصل و الفرع و هو منتف لأن فى المنافع

(١)فان قيل الخ. كذا فى العناية ص١٧ ج٨.

و وجه القول المرجوع إليه أن القياس استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة إلا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يتفرغ من العمل لأن العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب الأجر به و كذا إذا عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ

قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لأنه لم يتسلم من الخياط شيئاً فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء المعوض وجوباً و ليس الكلام فيه و إنما الكلام فى استحقاق القبض و فى ذلك لا يتوزع كما فى المبيع و التسليم فى الخياط وجد تقديراً لأن عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليماً تقديراً على أن المصنف رحمه الله تعالى لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحاً البتة لم يكن للرجوع عنه وجه (و وجه القول المرجوع اليه أن القياس) يقتضى (استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة) بين البدلين (إلا أن المطالبة فى كل ساعة) هذا الاستثناء لبيان وجه ترك القياس وهو أن المطالبة كلما سار شيئاً و لو خطوة (تفضى إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تفضى إلى عدمه فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة وما افضى وجوده إلى عدمه فهو منتف (فقدرناه بما ذكرنا) من اليوم فى الدار و المرحلة فى البعير استحساناً (١) (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و ليس للقصار و الخياط أن يطالب بالأجرة حتى يتفرغ من العمل) كله (لأن العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب الأجر به) وهذا يشير إلى انه إذا كانا ثوبين ففرغ عن أحدهما جاز أن يطلب أجرته لأنه منتفع به (وكذا إذا عمل فى بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ) قال السغناقى رحمه الله تعالى هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط و الذخيرة و المغنى و شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام و قاضى خان و التمرتاشى و الفوائد الظهيرية لما انه ذكر فيها أن العامل فى بيت المستأجر يستحق الأجر بقدر عمله حتى لو سرق الثوب فله الأجر بقدر عمله لأن كل جزء من العمل يصير مسلّما إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم فى ذلك الجزء عند حصول كمال المقصود و لعلّ المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرمانى فى هذا الحكم فانه ذكره كما ذكر فى الكتاب و عند الشافعى و أحمد رحمها الله تعالى يستحق المطالبة بعد الفراغ من العمل ولكن يجب بنفس العقد

(١)استحسانا. و فى الخلاصة: امرأة آجرت دارها من زوجها ثم أسكنها فيها لا تجب الأجرة و لو استأجر دارا شهرا وسكن فيها مع صاحب الدار إلى آخر الشهر فقال المستأجر لا ادفع الأجرة لعدم التخلية فعليه من الأجرة بقدر ما فى يده لوجود التخلية فيها اه.

لما بينا قال إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم قال ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور لأن تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجرة (١) لأنه صار مسلّماً بالوضع في بيته و لا ضمان عليه لأنه لم يوجد منه الجناية قال و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه أمانة في يده و عندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ

(لما بينا) إشارة إلى قوله لأن العمل في البعض غير منتفع به (قال إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه) أي في التعجيل (لازم قال و من استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور لأن تمام العمل بالإخراج) ذكر هذالبيان حكمين أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا و الثاني أن فراغ العمل بماذا يكون فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره و من عمل لواحد فهو أجير وحد و استحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استوجر شهراً للخدمة و ما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيراً مشتركاً توقف استحقاقه على فراغ العمل (فلو احترق) أي الخبز (أو سقط) أي الخبز في التنور (من يده) أي يد الخباز (قبل الاخراج) أي إخراج الخبز من التنور (فلا أجر له) أي للخباز (فلو احترق) أي الخبز (للهلاك قبل التسليم) و في المبسوط (٢) وهو ضامن لأن هذا من جناية يده و يتخير صاحب الخبز إن شاء ضمّنه قيمته مخبوزاً و أعطاه الأجر و إن شاء ضمّنه دقيقا ولم يكن له أجر (فإن أخرجه) أي الخبز من التنور (ثم احترق) أي الخبز (من غير فعله) أي فعل الخباز أراد أنه هلك من غير صنعه لأن الاحتراق هلاك (فله الأجر) أي الأجر المسمى (لأنه صار مسلّما) بكسر اللام (بالوضع في بيته و لا ضمان عليه لأنه لم يوجد منه الجناية) فلا ضمان إلا على الجاني (قال العبد الضعيف رحمه الله) أراد به نفسه (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه أو عدم الضمان في الهلاك بعد الإخراج (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه أمانة في يده) أي لأن الخبز أمانة في يد الخباز إلى وقت حقيقة التسليم (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يضمن) أي صاحب الدقيق ان شاء (مثل دقيقه) أي دقيق الخبز (و لا أجرله) أي للخباز (لأنه مضمون عليه) لأن قبض الاجير المشترك مضمون عليه عندهما (فلا يبرأ) أي الخباز منه بوضعه في منزل ملكه كما لا يبرأ الغاصب من الضمان بذلك

(١) الأجرة.ن.الأجر. (٢) المبسوط للسرخي رحمه الله تعالى ص ٢٤ ج ١٦.

**إلا بعد حقيقة التسليم و إن شاء ضمّن الخبز وأعطاه الأجر قال ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغرف عليه اعتباراً للعرف قال ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً استحق الأجرة**

---

(إلا بعد حقيقة التسليم) و الوضع فى بيته ليس كذلك (و إن شاء ضمّن الخبز) أى إن شاء صاحب الدقيق ضمّن الخباز الخبز ولا ضمان عليه فى الحطب و الملح عندهما لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رمادا لا قيمة له كذا فى الذخيرة و قال السغناقىّ هذا الذى ذكره من الاختلاف اختيار القدورىّ و أما عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلأنه لم يهلك من عمله و أما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم وبه قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى قلت و هذا يتم إن كان الوضع فى بيته تسليماً (قال ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة) وهو (١) طعام العرس و الوكيرة طعام البناء و الخرس طعام الولادة و ما تطعمه النفساء نفسها خرسة وطعام الختان إعذار و طعام القادم من سفره نقيعة وكل طعام صنع لدعوة مأدبة ومأدبة جميعا ويقال فلان يدعو النقرى إذا خص وفلان يدعوا الجفلى أو الأجفلى إذا عم قاله القتبى وغيره (فالغرف) بفتح الغين المعجمة من باب ضرب يضرب وهو جعل الطعام فى القصعة (عليه) أى على الطباخ (اعتباراً للعرف) بضم العين المهملة وهو العادة و إنما قيد بقوله للوليمة أنه لو استأجره لطبخ قدر خاص بعينه لا يكون الغرف عليه ذكره فى المغنى والمحيط والإيضاح و المرجع (٢) فى الجميع العرف (ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً) بفتح اللام و كسر الباء الموحدة واحدتها اللبنة وهو الآجر النيّ (استحق الأجرة

---

(١) وهو طعام العرس الخ. و فى الشامية: الولائم احدعشرنوعا نظمها بعضهم فى قوله:

ان الولائم عشرة مع واحد ... من عدّها قد عز فى أقرانه
فالخرس عند نفاسها وعقيقة ... للطفل و الاعذار عند ختانه
و لحفظ قرآن و آداب لقد ... قالوا الحذاق لحذقه و بيانه
ثم الملاك لعقده و وليمة ... فى عرسه فاحرص على اعلانه
وكذلك مأدبة بلا سبب يرى ... و وكيرة لبنائه لمكانه
و نقيعة لقدومه و وضيمة ... لمصيبة و تكون من جيرانه
و لأول الشهر الاصم عتيرة ... بذبيحة جآءت لرفعة شانه

(٢) و المرجع الخ. و فى التاترخانية: و إن استأجر دابة للحمل ففى الاكاف و الجوالق يعتبر العرف و لو للركوب ففى اللجام و السرج يعتبر العرف و فى ادخال الطعام المنزول و إخراج الحمل يعتبر العرف و إحثاء التراب على القبر على الحفار و حمل الثوب على القصار اه كذا فى تكملة الطورى.

**إذا أقامها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا يستحقها حتى يشرجها لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور و لأن الأجير هو الذى يتولاه عرفاً وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العمل قد تم بالإقامة و التشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر و بخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج**

---

إذا أقامها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) وبه قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (وقالا) أى قال (١) ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يستحقها حتى يشرجها) أى ينضدها بضم بعضها الى بعض و مادته شين معجمة وراء وجيم (لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله) أى قبل التشريج (فصار كاخراج الخبز من التنور و لأن الأجير هو الذى يتولاه) أى التشريج (عرفاً) أى من حيث العرف والعادة (وهو) أى العرف هو (المعتبر فيما لم ينص عليه و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العمل قد تم بالاقامة و التشريج عمل زائد كالنقل ألاترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر و بخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج) و فائدة (٢) الخلاف انه إذا أفسده المطر قبل التشريج أو انكسر فله أجر عنده خلافاً لهما و في المبسوط هذا كله إذا كان يقيم العمل فى ملك المستأجر فاما فى غير ملكه فما لم يعد عليه و يسلمه إليه لا يستحق الأجر بالاتفاق حتى لو فسد قبل العد و التسليم لا أجرله إلا على قول زفر رحمه الله تعالى و فى الزندويستى لو ضربه فى ملك نفسه فلا يجب الأجر عنده إلا بالعد عليه بعد إقامتها و عندهما بالعد عليه بعد التشريج و قال الكرخيّ فى مختصره و إذا استأجره ليضرب له لبناً فى ملكه أو فى شيء هو فى يده فان رب اللبن لا يكون قابضاً حتى يجف اللبن و ينصبه فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا اختلاف عنه فى ذلك و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى حتى يشرجه فان هلك اللبن قبل الحد الذى حده كل واحد منهم فى قوله فلا أجرله و إن كان بعده فله الأجر و إن كان ذلك فى غير يده و لا فى ملكه لم يكن له الأجر حتى يسلمه منصوباً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و مشرجاً عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى

---

(١) قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. و فى الدر المختار: و بقولهما يفتى ابن كمال معزيا للعيون اهـ. و فى رد المحتار: و قولهما استحسان زيلعي و لعله سبب كونه المفتى به لكن ذكر الاتقانيّ أن دليلهما ضعيف تأمل اهـ. (٢) فائدة الخلاف الخ. و فى الجوهرة: و فائدة الخلاف تظهر فيما إذا أتلف اللبن قبل التشريج فعند الامامّ هلك من مال المستأجر و عندهما من مال الأجير.

**قال وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار و الصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه غير متعد في الحبس فبقي أمانة كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم**

(قال) أي القدوري (و كل صانع لعمله أثر (١) في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب) هذا في الصباغ ظاهر لأن أثر عمله في الثوب موجود وهو الصبغ أما القصار إذا كان يقصر بالنشاء أو ببياض البيض فكذلك و ان كان يقصر بلا شيء قيل ليس له أن يحبس لأن البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف إلى عمله بل البياض كان حاصلا و لكن استتر بالدرن والوسخ فزال ذلك بعمله و ظهر البياض الذي كان في الأصل و قيل له حق الحبس لأن ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالأوساخ فيقع العمل إحداثا لصفة البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الخياطة و في خلاصة الفتاوى هذا إذا كان عمله في دكانه أما إذا خاط الخياط أو صبغ الصباغ في بيت المستأجر فليس له حق الحبس (فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع) حيث يجوز للبائع حبسه عن المشتري حتى يقبض الثمن وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه وقال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى في وجه و أحمد رحمه الله تعالى ليس له أن يحبس (ولو حبسه) أي حبس الصانع الثوب (فضاع) أي الثوب (في يده) أي يد الصانع (لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه) أي لأن الصانع (غير متعد في الحبس) و لا ضمان إلا على المتعدي (فبقي أمانة) أي بقي الثوب أمانة بعد الحبس (كما كان عنده) أي كما كان الثوب أمانة قبل الحبس عند الصانع (و لا أجر له) أي للصانع (لهلاك المعقود عليه قبل التسليم) أي قبل تسليم الثوب إلى مالكه

(١)أثر في العين و في الدرالمختار: وهل المراد بالاثر عين مملوكة للعامل كالنشاء و الغراء أم مجرد ما يعاين و يرى قولان أصحهما الثاني فغاسل الثوب و كاسر الفستق والحطب والطحان والخياط و الخفاف وحالق رأس العبد لهم حبس العين بالأجر على الأصح مجتبى اه. و في رد المحتار على الدرالمختار: (قوله أصحهما الثاني) و كذا صححه في غرر الأفكار و غاية البيان تبعا لقاضيخان قال في البحر و صحح النسفي في مستصفاه معزيا إلى الذخيرة الأول فاختلف التصحيح و ينبغي ترجيحه و قد جزم به في الهداية بقوله وغسل الثوب نظير الحمل اه (قوله والخياط والخفاف) هذا ظاهر على القول بأن الخيط على رب الثوب في عرف صاحب الظهيرية و أما على عرف من قبله وهو عرفنا الآن من أنه على الخياط فلا يظهر لأن الخيط كالصبغ سائحاني (قوله بالأجر) الباء للسببية أو للتعليل اه.

وعند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمّنه قيمته غير معمول ولا أجر له و إن شاء ضمّنه معمولاً وله الأجر و سنبين من بعد إن شاء الله تعالى قال وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل و هذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله

---

فلا يستحق شيئاً (وعند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده) أي بعدالحبس (لكنه) أي رب الثوب (بالخيار إن شاء ضمّنه) أي ضمّن الصانع (قيمته) أي قيمة الثوب حال كونه (غير معمول) أي غير مصبوغ أو غير مقصور (ولا أجر له) أي للصانع (و إن شاء) أي رب الثوب (ضمّنه) أي ضمّن الصانع قيمة الثوب حال كونه (معمولا) أي مصبوغا أو مقصورا (وله الأجر) أي للصانع الأجر (و سنبيّن من بعد ان شاء الله تعالى) يعني في باب ضمان الأجر (قال) أي القدوري (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال (١)) بالحاء المهملة وهو مكاري الحمل (والملاح) وهو الذي يتولى أمر السفن ويقال له النوتي بلغة أهل مصر (لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس) لأن العمل الذي هو المعقود عليه حقيقة قد تلاشى و اضمحل وليس لعمله أثر في العين حتى يقوم مقام العمل فلا يكون له ولاية الحبس ضرورة (وغسل الثوب نظير الحمل) يعني إذا لم يكن ثمة من النشاء وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء و أما إذا كان فهي مسألة القصار و هذا مختار بعض المشايخ اختاره المصنف و ذكر في المبسوط و جامع قاضي خان أن إحداث البياض في الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قيل وهو الأصح لأن البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (و هذا بخلاف الآبق) هذا جواب عما يقال الآبق إذا رده إنسان كان له حق الحبس و إن لم يكن لعمله أثر قائم في العين و تقريره أن يقال الآبق ليس كذلك (حيث يكون للراد حق حبسه) أي حبس الآبق (لاستيفاء الجعل ولا أثر) أي والحال أنه لا أثر (لعمله) أي

---

(١) كالحمال. أقول يروى قوله كالحمال بالحاء و الجيم جميعا والحكم فيهما واحد و لهذا ذكرهما الكرخي جميعا في مختصره و الأولى أن يروى هنا بالحاء لأن الحمل يجوز أن يقع على الظهر وعلى الدابة فيكون أعم من لفظ الجمال بالجيم فكان أولى اه اتقاني كذا في هامش التبيين. و في شرح القدوري: قال ابو يوسف رحمه الله تعالى في الحمال إذا طلب الأجرة ما بلغ المنزل قبل أن يضعه ليس له ذلك اه. و في الفتاوى: استأجر جمالاً ليحمل له إلى بلدة كذا بكذا فحمله فقال له صاحب الجمل أمسكه عندك فهلك فلا ضمان عليه بلا خلاف كذا في تكملة الطوري.

لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس و هذا الذى ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وقال زفرٌ ليس له حق الحبس فى الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن هو راضياً به من حيث أنه تسليم فلا يسقط الحبس كما إذا قبض المشترى بغير رضاء البائع قال وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه

---

لعمل الراد (لأنه) أى الآبق (كان على شرف الهلاك وقد أحياه) برده إلى المولى والإحياء الذى يتصور من العباد تخليص من اشرف على الهلاك وبه فسر قوله تعالى ﴿و من (١) أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾ إذ الإحياء الحقيقى لله تعالى (فكأنه باعه منه) أى فكأن الراد باع الآبق من المولى (فله) أى فللراد (حق الحبس) كالبائع له حبس المبيع (و هذا الذى ذكرناه) يعنى حق الحبس للصانع بالأجر إذا كان لعمله أثر (هو مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى) و هم أبوحنيفة و أبو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى (وقال زفرٌ ليس له حق الحبس فى الوجهين) يعنى فى الوجه الذى لعمله أثر و فى الوجه الذى لم يكن لعمله أثر وذكر العتابىٌ قول الشافعى رحمه الله تعالى كقول زفرٌ (لأنه وقع التسليم) أى من الصانع (باتصال المبيع) أى المعقود عليه و فى بعض النسخ باتصال المعقود عليه وهو الأظهر (بملكه) أى بملك المستأجر (فيسقط حق الحبس) كما لو عمل فى بيت صاحب الثوب (و لنا أن الاتصال بالمحل) إنما وقع (ضرورة إقامة العمل) لأن صبغ ثوب المستأجر بدون الثوب محال (فلم يكن هو) أى الصانع (راضياً به) أى باتصال المعقود عليه بملكه (من حيث أنه تسليم) أى تسليم المعقود عليه إلى المستأجر فاذا لم يكن راضياً بذلك (فلا يسقط الحبس كما إذا قبض المشترى) يعنى المبيع (بغير رضى البائع) فإن للبائع أن يسترده فإن قلت إذا استأجر خياطاً فخاط فى بيت المستأجر فبنفس الخياط يكون مسلماً فلو لم يكن الاتصال بالمحل تسليماً لما وقع التسليم ههنا قلت رضى الخياطة بوقوع خياطته تسليماً لمباشرته ما لا ضرورة فيه وهو الخياطة فى بيت المستأجر بخلاف ما نحن فيه فافترقا (قال) أى القدورىٌ (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه) نقل عن حميد الدين الضريرٌ هو مثل ان يقول أن تعمل (٢) بنفسك أو بيدك مثلاً وإليه أشار المصنفٌ بقوله أن يعمل بنفسه

---

(١)ومن أحياها الآية. المآئدة:٣٢. (٢)أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلاً. أقول هذا ظاهر إطلاق المتون وعليه الشروح فما فى البحر والمنح عن الخلاصة من زيادة قوله ولا تعمل بيد غيرك فالظاهر أنه لزيادة التاكيد لا قيد احترازى ليكون بدونه من الاطلاق تأمل كذا فى الشامية.

فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه و إن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه و بالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين.

## فصل

ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب و وجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه

(فليس (١) أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه) أراد بالمحل نفس الصانع يعني شرط أن يكون محل هذا العمل هو لا غيره فلا يجوز أن يستعمل غيره (فيستحق عينه) أي عين ذلك العمل (كالمنفعة في محل بعينه) كإن استأجر دابة بعينها للحمل فإنه ليس للمؤجر ان يسلم غيرها وكمن استأجر غلاماً بعينه ليس للمؤجر أن يدفع غلاماً آخر مكانه قال صاحب العناية و فيه (٢) تأمل لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز قلت غرضه تعلق لمعنى علمه عنده فلا ينبغي أن يتعدى إلى غيره و إن كان الغير خيراً منه (و إن اطلق له) أي للصانع (العمل) مثل أن يقول خط هذا الثوب أو اصبغه (فله) أي للصانع (أن يستأجر من يعمله لأن المستحق عمل في ذمته) أي في ذمة الصانع (ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره) لأن المقصود هو العمل وقد حصل (بمنزلة ايفاء الدين) فان الإيفاء يحصل بالمديون و بالتبرع من غيره.

(فصل)

لما بين استحقاق تمام الأجر عقبه بالفصل بيان عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه (ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب) أي الرجل إلى البصرة (و وجد بعضهم) أي بعض عيال المستأجر (قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه) قال تاج الشريعة أي أجرة الذهاب بكمالها و أجرة المجيء بقدره لأن الأجر مقابل بنقل العيال لا بقطع المسافة و لهذا لو ذهب و لم ينقل

(١) فليس له أن يستعمل غيره ولو غلامه أو أجيره قهستاني. و في الخانية: لو دفع إلى غلامه أو تلميذه لا يجب الأجر اه. و ظاهر هذا أنه ليس المراد بعدم الاستعمال حرمة الدفع مع صحة الاجارة و إستحقاق المسمى أو مع فسادها و إستحقاق أجر المثل و أنه ليس للثاني على رب المتاع شيء لعدم العقد بينهما أصلا وهل له على الدافع أجر المثل محل تردد فليراجع كذا في الشامية. و في تقريرات الرافعي: الظاهر أن له الأجر المسمى حيث كانت الاجارة الثانية صحيحة. (٢)و فيه تأمل الخ. وأجاب السائحاني بأن ما يختلف بالمستعمل فان التقييد فيه مفيد وما ذكر من هذا القبيل اه كذا في رد المحتار.

لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره و مراده إذا كانوا معلومين و إن استأجر ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة و يجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى له الأجر في الذهاب لأنه أوفى

---

أحداً منهم لا يستوجب شيئاً (لأنه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) أي بقدر ما أوفى (ومراده) أي مراد محمد بن الحسن رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية أي مراد القدوري و هذا غلط لأن القدوري لم يذكر هذه المسألة في مختصره وإنما هذه من مسائل الجامع الصغير و صورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فوجد بعضهم قد مات فحمل من بقي قال له من الأجر بحساب ذلك (إذا كانوا معلومين) يعني عياله اذا كان عددهم معلوماً قيد به لأنهم اذا كانوا غير معلومين يستحق جميع (١) الأجرة و هذا (٢) اختيار الهندواني وقال هذا (٣) اذا كانت المؤنة تقل بنقصان العدد أما اذا كانت مؤنة البعض ومؤنة الكل سواء فانه يجب الأجر كاملاً و عن الفضلي أنه إذا استأجره في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استأجرت منك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الأجر بالذهاب و إن كان قال استأجرت منك حتى احمل من القرية لا يجب شيء لأن في الأولى كان العقد على شيئين الذهاب الى القرية و الحمل منها وفي الثانية شرط الحمل و لم يوجد فلا يجب شيء كذا في الذخيرة و جامع التمرتاشي (و إن استأجر ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة و يجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده) أي الكتاب قيد به لأنه لو ترك الكتاب ثمة يستحق أجر الذهاب بالإجماع (فلا أجر له و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى له الأجر في الذهاب لأنه أوفى

---

(١)جميع الأجرة. و في القهستاني: فان جهلوا فسدت أي الاجارة و لزم أجر المثل اه و إن حمل الجميع هنا على جميع أجر المثل زال التنافي كما في الشامية. (٢)هذا اختيار الهندواني وفي الشامية: و ظاهر المتون اختيار قول الهندواني. (٣)هذا إذا كانت المؤنة الخ. و في الدر المختار: نقل ابن الكمال ان كانت المؤنة تقل بنقصان عددهم فبحسابه و إلا فكله اه. و في رد المحتار: (قوله و إلا فكله) كما لو كان الفائت صغيرا أو كان ذلك في استئجار السفينة لأنه لا يظهر التفاوت فيها بنقصان عدد و لو من الكبار و هذا إذا كان الاستئجار على أن يحملهم فلو على مصاحبتهم والحمل على المرسل أو كان المحل قريبا و هم مشاة أو بعيدا ولهم قدرة على المشي يلزمه الكل لأن مصاحبة جماعة لا تنقص بنقص فرد أو فردين إلا أن يكونوا أرقاء فحفظ البعض منهم أخف من حفظ الكل حموي بحثا ط.

بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة و هذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام و هي المسألة تلي هذه المسألة و إن ترك الكتاب في ذلك المكان و عاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع لأن الحمل لم ينتقض

---

بعض المعقود عليه و هو قطع المسافة و هذا لأن الأجر مقابل به) أي بقطع المسافة (لما فيه) أي في قطع المسافة (من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته) و ذكر ابو الليث رحمه الله تعالى قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى وغيره مع ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و لهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه) أي لأن نقل الكتاب (هو المقصود) لما فيه من تعظيم المكتوب اليه و صلة الرحم (أو وسيلة اليه) أي النقل وسيلة الى المقصود لأن اعلام ما فيه لا يتصور الا بنقل الكتاب (و هو) أي المقصود (العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به) اى بنقل الكتاب و أراد بالحكم وجوب الأجرة (وقد نقضه) اى وقد نقض الأجير نقل الكتاب برده (فيسقط الأجر كما في الطعام) اى كما يسقط الأجر فيما اذا استأجر ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به و وجده ميتاً فرده فانه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام والآن تجئ هذه المسألة و لهذا قال (و هي المسألة التي تلي هذه المسألة) أي مسألة الطعام هذه هي التي تأتي عقيب مسألة نقل الكتاب (و إن ترك الكتاب في ذلك المكان و عاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع لأن الحمل لم ينتقض) لأن ترك الكتاب ثمة مفيد لأنه ربما يصل الى ورثته فينتفعون به و ههنا قيود أبينها لك تكثيراً للفائدة الاول: قيد بالذهاب بالكتاب ليشير إلى أن هذا فيما ليس له حمل و مؤنة حتى لو استأجر بالذهاب بما له حمل و مؤنة و المسألة بحالها فلا أجر له بالاتفاق و عند زفر رحمة الله تعالى يجب و هو قياس قول الثلاثة رحمهم الله تعالى الثاني قيد بالمجيء بالجواب لأنه لو لم يشترط المجيء بالجواب و ترك الكتاب ثمة فيما اذا كان ميتاً أو غائباً فانه يجب الأجر كاملاً الثالث قيد بالذهاب بالكتاب حتى لو ذهب الى فلان بلا كتاب فلا أجر له الرابع قيد بأنه وجده ميتاً لأنه إذا لم يجده ميتاً و أتي بالجواب يستحق الأجر كاملاً الخامس قيد بأنه وجده ميتاً حتى لو وجده غائباً و دفع الكتاب إلى آخر ليدفعه إليه أو دفعه إلى فلان و هو لم يقر و رجع بالجواب فله أجر الذهاب السادس قيد (١) استئجاره بتبليغ الكتاب لأنه لو استأجره لتبليغ الرسالة إلى

---

(١) قيد استئجاره الخ. فرق قاضيخانْ بين مسئلة تبليغ الرسالة و بين مسئلة إيصال الكتاب بأن الرسالة قد تكون =>

و إن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له فى قولهم جميعاً لأنه نقض تسليم المعقود عليه و هو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رحمه الله تعالى لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر و الله أعلم بالصواب.

باب ما يجوز من الاجارة و ما يكون خلافاً فيها

قال و يجوز استئجار الدور و الحوانيت للسكنى

---

فلان بالبصرة فذهب و لم يجده أو وجده و لم يبلغه الرسالة ورجع له الأجر (١) بالاجماع السابع قيد بأنه رد لأنه لو ترك هناك يستحق أجر الذهاب وقد ذكرناه فيما مضى (و إن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده) أى الطعام (فلا أجر له فى قولهم جميعاً لأنه نقض تسليم المعقود عليه و هو حمل الطعام) إلى الموضع الذى عيّنه فصار كالخياط إذا خاط الثوب ثم نقض حيث لا أجر له (بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رحمة الله تعالى) فإنه يقول نقل الطعام عمل مقابل للأجر لما فيه من المشقة وقد نقضه بالرد كما فى مسألة الخياطة إذا نقض و أما نقل الكتاب فليس بعمل يقابل به الأجر لخفة مؤنته و إنما الأجر مقابل بقطع المسافة و قد قطعها فى الذهاب و هو معنى قوله (لأن المعقود عليه هناك) أى فى مسألة نقل الكتاب (قطع المسافة على ما مر) و هو قوله لأنه أوفى بعض المعقود عليه و هو قطع المسافة (و الله اعلم بالصواب).

باب ما يجوز من الاجارة و ما يكون (٢) خلافاً فيها

أى فى الاجارة (قال) أى القدورىّ (و يجوز استئجار (٣) الدور و الحوانيت (٤) للسكنى) قال تاج الشريعةّ قوله للسكنى هو صلة الدور و الحوانيت لا صلة الاستئجار يعنى و يجوز استئجار الدور و الحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لأنه

---

=> سرا لا يرضى المرسل بأن يطلع عليها غيره أما الكتاب فمختوم فلو تركه مختوما لا يطلع عليه غيره اه وجزم الحلوانىّ بأن الكتاب والرسالة سواء فى الحكم كذا فى الشامية. (١)له الأجر بالاجماع لأن الأجر بقطع المسافة لأنه فى وسعه و أما الاسماع فليس فى وسعه فلا يقابله الأجر كذا فى الزيلعىّ عن المحيط. (٢)و ما يكون خلافا فيها أى والفعل الذى يكون خلاف الجائز فيها كذا فى الشامية. (٣)يجوز استئجار الدور الخ. قيد بالدور لأن استئجار البناء وحده لا يجوز فى ظاهر الرواية لأنه لا ينتفع به وحده و فى القينة: و يفتى بجواز استئجار البناء وحده إذا كان ينتفع به كالجدار للسقف و لو آجره المستأجر من المؤجر لم يجز و الأصح أن العقد ينفسخ بالاجارة كذا فى تكملة الطورى. (٤)الحوانيت جمع حانوت على وزن فاعول و تاؤه مبدلة عن هاء و قيل فعلوت كملكوت و هو كما فى القاموس دكان الخمار و الخمار نفسه يذكر و يؤنث و النسبة إليه حانى و حانوتى و فسر الدكان به أيضا فقال كرمان الحانوت جمعه دكاكين معرب و عليه فهما مترادفان و المراد به هنا ما أعد لبياع فيه مطلقا كذا فى الشامية.

**و إن لم يبين ما يعمل فيها لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه و أنه لا يتفاوت فصح العقد و له أن يعمل كل شيء للإطلاق**

لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى و التعليل يدل على ما ذكرت و قال الأترازي رحمه الله تعالى قيل صورة المسألة فيما إذا قال استأجرت هذه الدار بكذا شهراً و لم يبين شيئاً يعمل فيها لا السكنى و لا غيرها فعلى هذا يكون قوله للسكنى متصلاً بالدور و الحوانيت أي استئجار دور السكنى وحوانيت السكنى من غير أن يبين ما يعمل فيها جائز و يجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور و الحوانيت لأجل السكنى و إن لم يبين ما يعمل فيها و له أن يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء و لا يفسده و هو الظاهر من كلام القدوري قلت فعلى قول تاج الشريعة يكون محل للسكنى جرا بالوصفية و على قول الأترازي رحمه الله تعالى يحتمل الوجهين الجر على الوصفية و النصب على التعليل فافهم (و إن لم يبين ما يعمل فيها) أي و إن لم يبين المستأجر ما يعمل في الدور و الحوانيت صورته أن يقول استأجرت هذه الدار شهرا بكذا و لم يبين ما يعمل فيها من السكنى وغيره فذلك جائز (لأن العمل المتعارف فيها) أي في الدور و الحوانيت (السكنى فينصرف) أي مطلق العمل (إليه) أي إلى السكنى (و أنه) أي و أن السكنى (لا يتفاوت) أي غالبا فصح العقد و في بعض النسخ ولأنه لا يتفاوت و هكذا صححه صاحب العناية و لهذا قال قوله و لأنه لا يتفاوت جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف لكن قد تتفاوت (١) السكان فلا بد من بيانه و وجهه أن السكنى لا تتفاوت و ما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح و هذا استحسان و في القياس لا يجوز لأن المقصود من الدار و الحانوت الانتفاع و هو قد يكون بالسكنى و قد يكون بوضع الأمتعة فينبغي أن لا يجوز مالم يبين شيئاً من ذلك و به قال أبو ثور (و له) أي و للسمتأجر (أن يعمل كل شيء للإطلاق) أي لإطلاق العقد و يدخل تحت قوله كل شيء السكنى و الاسكان و الوضوء و الغسل و وضع الأمتعة و كسر (٢) الحطب للوقيد و غسل الثياب و ربط الدواب لأن سكناها لا يتم إلا بذلك و في الذخيرة إنما يكون له ربط الدواب إذا كان فيها موضع معد له و إن لم يكن فليس له

(١) قد تتفاوت السكان أي قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها و لما كان تفاوت السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة كذا في النتائج. (٢) كسر الحطب. ينبغي تقييده بأن يكون بمحل لا يحصل به إضرار بالارض و ما تحتها من مجرى المآء كذا في الشامية.

**إلا أنه لا يسكن حداداً و لا قصاراً و لا طحاناً لأن فيه**

ذلك و قال الاسبيجابيّ في شرحه و لو استأجرها للسكنى كل شهر بكذا فله (١) أن يربط فيها دابته و بعيره و شاته و يسكنها من أحب و هذا إذا كان فيها موضع معد لذلك (إلا أنه) إستثناء من قوله و له أن يعمل كل شئى أى إلا أن المستأجر (لا يسكن حداداً) قال تاج الشريعةّ قوله لا يسكن بفتح الياء هو المسموع و استصوبه السغناقيّ و الاظهر ما قاله الاترازى رحمه الله تعالى وغيره أنه يجوز فيه الفتح والضم فعلى الفتح يكون حداداً نصباً على الحال و على الضم يكون مفعولا به ففي الأول ينتفي الاسكان دلالة و في الثاني ينتفي السكنى إشارة و قوله (و لا قصاراً و لا طحاناً) عطف على حداداً و نص في الذخيرة أن المراد رحى الماء أو رحى الثور و أما رحي اليد فلا يمنع عنه لأنه لا يضر بالبناء و هو من توابع السكنى في العادة ثم قال و رحى اليد إذا كان يضر بالبناء يمنع عنه و إلا لا هكذا اختاره الحلوانيّ و عليه الفتوى و قال أيضاً فلو أقعد حداداً أو غيره فانهدم شيء من البناء ضمن ذلك و لا أجر عليه فيما ضمن لأن الضمان و الأجر لا يجتمعان و إن لم ينهدم شيء لا يجب الأجر لأن عمل الحدادة و القصارة غير داخل في العقد و يجب استحساناً و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و لو اختلف المستأجر و الآجر في اشتراط ذلك فقال المستأجر استأجرتها للحدادة و الآجر يقول للسكنى دون الحدادة فالقول للآجر لأنه لو أنكر الاجارة أصلاً كان القول له فكذا إذا أنكر نوعا من الانتفاع و لو أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر لأنها تثبت زيادة الشرط و قال شيخ الاسلام الاسبيجابيّ في شرح الكافي و إذا استأجر بيتاً على أن يقعد فيه قصاراً فأراد أن يقعد فيه حداداً فله ذلك إن كان مضرتهما واحدة أو مضرة الحداد أقل لأنه لا يلحقه منه ضرر زائد فكان له ذلك و إن كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر و كذلك الرحى و المسلم و الذمى و الحربى المستأمن و الحر و المملوك التاجر و المكاتب كلهم سواء في الاجارة و قال أيضاً في شرح الطحاوى و من استأجر حانوتاً و لم يسم ما يعمل فيه فله أن يعمل فيه ما بدا له إلا أنه لا يعمل حداداً و لا قصاراً و لا طحاناً و كذلك كل ما يوهن البناء و كذلك كل شيء استؤجر و لم يبين العمل فله أن يعمل فيه جنس ذلك العمل إلا في أشياء معدودة منها إذا استأجر دابة للركوب و لم يبين من يركبها أو استأجر ثوباً و لم يبين من يلبسه أو استأجر قدراً للطخ و لم يبين ما يطبخ فيها فالاجارة في هذا كله فاسدة (لأن فيه) أى في سكنى الحداد

(١)فله أن يربط الخ. قال السائحانيّ و ينتفع بيئرها و لو فسدت لم يجبر على إصلاحها و يبنى التنور فيها فلو احترق به شيء لم يضمن قلت إلا إذا فعله في محل لا يليق به كقرب خشب مقدسى اه كذا في رد المحتار.

ضرراً ظاهراً لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بماورائها دلالة قال و يجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها و للمستأجر الشرب والطريق و إن لم يشترط لأن الإجارة تعقد للانتفاع و لا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش و الأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق و قد مر في البيوع و لا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة و لغيرها و ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من

---

و نحوه أو في إسكانه (ضرراً ظاهراً لأنه (١) يوهن) أي يضعف (البناء فيتقيد العقد بماورائها) أي بماوراء صنعة الحداد و القصار و الطحان (دلالة) أي من حيث دلالة الحال على ذلك (قال و يجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) أي في الأراضي (و للمستأجر الشرب) بكسر الشين و هو النصيب من الماء (و الطريق و إن لم يشترط لأن الاجارة تعقد للانتفاع و لا انتفاع إلا بهما) أي بالشرب و الطريق (فيدخلان) أي فيدخل الشرب و الطريق (في مطلق العقد) يعني و إن لم يذكرهما قال الفقيه أبو الليثؒ في شرحه للجامع الصغير و كان أبو جعفرؒ يقول إذا كانت الاجارة في بلدنا فالشرب لا يدخل في الاجارة بغير شرط لأن الناس يتمولون بالماء على الانفراد فلا يجوز أن يدخل فيها إلا بالشرط (بخلاف البيع) يعني لا يدخلان فيه إلا بالذكر (لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش) مع أنه لا ينتفع به في الحال (و الأرض السبخة) أي و بيع الأرض السبخة بفتح السين المهملة و كسر الباء الموحدة و فتح الخاء المعجمة و عن الكسائي بالاسكان و هي الأرض التي لا تنبت شيئاً و الجمع على سباخ (دون الاجارة فلا يدخلان فيه) أي فلا يدخل الشرب و الطريق في البيع (من غير ذكر الحقوق و قد مر في البيوع) أي في باب الحقوق من كتاب البيوع (و لا يصح العقد) أي عقد استئجار الأراضي للزراعة (حتى يسمي ما يزرع) بفتح الياء على بناء الفاعل (فيها) أي في الأراضي (لأنها) أي الأراضي (قد تستأجر للزراعة و لغيرها) أي و لغير الزراعة نحو البناء و غرس الأشجار و نصب الفسطاط و نحوها (و ما يزرع) بضم الياء على بناء المفعول (فيها) أي في الاراضي (متفاوت) لأن البعض قريب الادراك و البعض بعيده أو لأن البعض يضر الأرض كالذرة و البعض لا يضره كالبطيخ (فلا بد من

---

(١) لأنه يوهن الخ. و في التبيين: كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا باذن صاحبها و كل ما لا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد و استحقه به اه.

**التعيين كيلا تقع المنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة و يجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً لأنها منفعة تقصد بالأراضى ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء و الغرس و يسلمها فارغة**

---

التعيين كيلا تقع المنازعة أو يقول) بنصب اللام عطفاً على قوله حتى يسمى (على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة) أى الاختيار و هو بكسر الخاء و فتح الياء آخر الحروف و الراء (إليه) إلى المستأجر (ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة) و فى المغنى (١) لابن قدامة أكراها للزرع مطلقاً أو قال لتزرعها ما شئت فإنه يصح له زرع ما شاء و هو مذهب الشافعى و مالك رحمهما الله و حكى عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يبين ما يزرع لأن ضرره يختلف فلم يصح بلا بيان و هو قولنا فيما أطلق الزرع كما ذكر فى الكتاب ثم لو زرع نوعاً من الأنواع فى هذه الصورة و مضت المدة ففى القياس يجب عليه أجر المثل و فى الاستحسان يجب المسمى و ينقلب (٢) العقد جائزاً كما لو استأجر ثوباً للبس و لم يبين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس فيه فإن عين اللابس بعد ذلك جاز استحساناً كذا فى الذخيرة و جامع قاضى خان (و يجوز أن يستأجر الساحة) بالحاء المهملة المخففة و هى الأرض الخالية عن البناء و الشجر (ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً) عطف الشجر على النخل من قبيل عطف العام على الخاص كما فى قوله تعالى ﴿سبعا (٣) من المثانى و القرآن العظيم﴾ و فائدته الاشعار بفضل المعطوف عليه فإن قلت المراد هنا بيان الحكم لا بيان الفضائل فما فائدة إفراد النخل بالذكر مع أن الشجر يتناوله قلت لأن من البلاد ما يعتاد أهلها بغرس الاشجار و لا يعرفون النخل ما هو و إن كانوا يسمعونه و من البلاد ما يعتاد أهلها بغرس النخل و لا يعرفون غيره و إن كانوا يسمعونه فربما كان يتوهم المتوهم أن حكمهما مختلف فلدفع هذا الوهم أفرده بالذكر و لم أر أحداً من الشراح تعرض لهذا (لأنها منفعة تقصد بالأراضى) فيصح لها العقد (ثم إذا انقضت مدة الاجارة لزمه) أى المستأجر (أن يقلع البناء و الغرس) بكسر الغين بمعنى المغروس و لا يجوز الفتح لأنه مصدر فلا يتصور فيه القلع (و يسلمها (٤) فارغة) أى

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص ٥٩ ج ٦. (٢) ينقلب العقد جائزا لأن المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال و صار كأن الجهالة لم تكن زيلعي مختصرا. قال العلامة المقدسى ينبغي تقييده بما إذا علم المؤجر بما زرع فرضى به و بما إذا علم من لبس الثوب و إلا فالنزاع ممكن ط مختصرا كذا فى الشامية. (٣) سبعا من المثانى الآية. الحجر: ٨٧. (٤) يسلمها فارغة و عليه تسوية الأرض لأنه هو المخرب لها ط عن الحموى كذا فى الشامية.

لأنه لا نهاية لها ففى إبقائها إضرار بصاحب الأرض بخلاف ما إذا انقضت المدة و الزرع بقل حيث تترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن لها نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين قال إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً

يسلم الأرض إلى صاحبها حال كونها فارغة من البناء و الغرس و معناه يجبر على القلع و لا يضمن صاحب الأرض قيمة النقض و به قال مالك و المزنى رحمهما الله تعالى و قال الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى إن كانا قد شرطا القلع عند انقصائها فكذلك و إن أطلقا العقد لم يجبر على القلع إلا أن يضمن المالك له قيمة نقضه (لأنه لا نهاية لها) أى للبناء و الغرس (ففى إبقائها إضرار بصاحب الأرض) و الضرر مدفوع (بخلاف ما إذا انقضت (١) المدة) أى مدة الاجارة (و الزرع بقل) أى و الحال أن الزرع بقل (حيث تترك (٢) بأجر المثل إلى زمان الادراك لأن لها) أى للزرع و التأنيث باعتبار المدة أى لأن لمدة الزرع (نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين) أى جانب صاحب الأرض بأجر المثل وجانب صاحب الزرع بالترك إلى الانتهاء و فى المبسوط الجواب متحد فى حق البناء و الغرس فى الاجارة و العارية و الغصب حيث يجب عليهما القلع و التسليم فارغاً و فى الزرع اختلف الجواب ففى الغصب يلزم القلع على الغاصب فى الحال لأنه متعد فى الزراعة و فى الاجارة يترك إلى وقت الادراك إستحساناً بأجر المثل و فى العارية المؤقتة و غير المؤقتة لا يأخذها صاحبها إلى أن يستحصد الزرع استحساناً (قال) أى القدورىّ (إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له) أى لصاحب الشجر أو لصاحب البناء (قيمة ذلك) أى قيمة البناء و الشجر (مقلوعًا (٣)) أى حال كونه مقلوعاً بأن تقوم الأرض بالبناء و الشجر و تقوم الأرض بدونهما

(١)إذا انقضت المدة الخ. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص٦٤ ج٦. و إذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت و فيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل من حالين أحدهما أن يكون لتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك بعد المدة بين أخذه بالقيمة أو تركه بالأجر لما زاد على المدة و إن اختار المستأجر قطع زرعه فى الحال و تفريغ الأرض فله ذلك و ذكر القاضى أن على المستأجر نقل الزرع و تفريغ الأرض و إن اتفقا على تركه بعوض أو غيره جاز و هذا مذهب الشافعى رحمه الله تعالى والحال الثانى أن يكون بقاؤه بغير تفريط مثل أن يزرع زرعا ينتهى فى المدة عادة فابطأ لبرد أو غيره فانه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهى و له المسمى و أجر المثل لما زاد و هذا أحدا الوجهين لأصحاب الشافعى رحمه الله تعالى والوجه الثانى قالوا يلزمه نقله اه ملخصا. (٢)تترك بأجر المثل أى بالقضاء أو بالرضا كذا فى الشامية. (٣)مقلوعا. و فى رد المحتار: (قوله مقلوعا) أى مستحق القلع فانه أقل من قيمة المقلوع كما فى الغصب قهستانى. و فى الشرنبلالية أى مامورا مالكهما بقلعهما و إنما فسرناه بكذا لأن قيمة المقلوع أزيد من قيمة المامور بقلعه لكون المؤنة مصروفة للقلع كذا فى الكفاية اه.

و يتملكه فله ذلك و هذا برضاء صاحب الغرس و الشجر إلا أن ينقص الأرض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا لأن الحق له فله أن لا يستوفيه قال و فى الجامع الصغير إذا انقضت مدة الإجارة و فى الأرض رطبة فإنها تقلع لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر

فيضمن فضل ما بينهما كذا ذكر في الاختيار وغيره (و يتملكه) أى يتملك مالك الأرض كل واحد من البناء و الشجر (فله ذلك و هذا) أى هذا الذى ذكرناه إنما يجوز (برضاء صاحب الغرس و الشجر) لئلا يتضرر بالاجبار (إلا أن ينقص الأرض بقلعها) أى بقلع الأشياء المذكورة و هى البناء و الغرس و الشجر لأن المذكور هذه الثلاثة فإن قلت المفهوم من الغرس فيما مضى النخل و الشجر حيث قال لزمه أن يقلع البناء و الغرس بعد قوله نخلاً أو شجراً و ههنا عطف الشجر على الغرس و المعطوف غير المعطوف عليه و ترك ذكر البناء ههنا قلت أما ترك ذكر البناء فلأن الغالب نقصان الأرض بقلع الأشجار دون البناء و أما عطف الشجر على الغرس فللتنبيه على فائدة و هى أن الغرس اعم من الشجر فان الشجر اسم لما له ساق و الغرس يتناول لما له ساق و ما ليس له ساق و الحكم فى النوعين سواء فافهم فإن هذا أيضاً ما ذكره أحد من الشراح (فحينئذ يتملكها بغير رضاه) أى حين وجود نقص الأرض بالقلع يتملك صاحب الأرض البناء و الغرس و الشجر حال كونها مقلوعة بغير رضى المستأجر (قال) أى القدورىّ (أو يرضى) أى صاحب الأرض (بتركه (١) على حاله فيكون البناء لهذا و الارض لهذا لأن الحق له) أى لصاحب الأرض (فله أن لا يستوفيه) لأن من له الحق لا يجبر (٢) (قال و فى الجامع إذا انقضت مدة الاجارة و فى الارض رطبة فإنها تقلع لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر) إنما أورد هذا لبيان أن حكم الرطبة كحكم الشجر قال تاج الشريعةّ الرطبة (٣) كالقصب و الكراث قلت الرطبة هي التى يقال لها برسيم

(١)بتركه أى بترك البناء و الغرس الخ. و هذا الترك ان بأجر (بأن يعقد لبقائهما عقد اجارة بشروطها) فاجارة و إلا فاعارة فلهما أن يؤاجرهما لثالث و يقتسما الأجر على قيمة الأرض بلا بناء و على قيمة البناء بلا أرض فيأخذ كل حصته مجتبى كذا فى الدر المختار. (٢)لا يجبر. و فى القنية من الوقف: بنى فى الدار بغير إذن القيم و نزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم على دفع القيمة للبانى و يجوز لمستأجر الوقف غرس الاشجار و الكرم بغير إذن إذا لم يكن يضر بأرض الوقف و يجوز للمتولى الاذن فى أرض الوقف فيما يزيد فيها خيرا. (٣)الرطبة الخ. و فى المغرب: الرطبة بالفتح الاسفست (و هو الفصفصة التى تأكلها الدواب) و الجمع رطاب (بالكس و منه حديث حذيفة و ابن حنيف رضى الله تعالى عنهما: و ظفا على كل جريب من أرض الزرع درهما و من أرض الرطبة خمسة دراهم. و فى كتاب العشر: البقول غير الرطاب فانما البقول مثل الكراث و نحو ذلك و الرطاب هو القثاء و =>

قال و يجوز استئجار الدواب للركوب و الحمل لأنه منفعة معلومة معهودة فإن أطلق الركوب جاز له

و القرط في لغة أهل مصر و لكن عندهم هي كالزرع يزرع في كل سنة بخلاف غيرها من البلاد فإنها عندهم كالشجر في طول البقاء و ليس له نهاية معلومة فيحكم في كل بلد بحسب عرفها و الطرخون عندنا كالرطبة في طول البقاء و ليس له نهاية معلومة (قال) أي القدوري (و يجوز استئجار الدواب للركوب (١) و الحمل) يعني لركوب معين إما نصاً حقيقة أو تقديراً و إنما قلنا هكذا لأنه إذا استأجر دابة للركوب مطلقا و لم يعين من يركبه لا تصح الإجارة و كذا إذا استأجر ثوباً للبس و لم يعين من يلبسه تفسد الإجارة نص عليه في المبسوط و الذخيرة و غيرهما فإن قلت قد قال القدوري فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء و كذلك إذا استأجر ثوباً للبس و أطلق على ما يجيء الآن في الكتاب قلت قيل في التوفيق بين الروايات ما ذكر في فتاوى قاضي خان انه لو أركب غيره أو ركبه بنفسه انقلب جائزاً بعد ما وقع فاسداً فيكون معنى قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء أي لو أركبه ينقلب إلى الجواز بعد ما وقع فاسداً أو يكون المراد ما ذكره الأقطع في شرحه قوله فإن أطلق الركوب أي استأجرها للركوب على أن يركب عليها من يشاء و اختاره صاحب الكافي و الأوجه أن يقال ما ذكره من الفساد جواب القياس و من الجواز جواب الاستحسان فانه ذكر في المبسوط بعد ذكره وجه القياس في الفساد و في الاستحسان ان الجهالة المفسدة قد زالت بركوب نفسه و إركاب غيره فجعلنا التعين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء (لأنه) أي لأن كل واحد من الركوب و الحمل (منفعة معلومة معهودة) بين الناس (فإن أطلق الركوب) أراد عمم و لم يقيد بركوب شخص بأن قال على أن يركب من شاء أو على أن تركب من شئت أما إذا استأجر للركوب مطلقاً لا يجوز كما ذكرناه آنفاً (جاز له) أي للمستأجر

=> البطيخ و الباذنجان و ما يجرى مجراه و الأول هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة فحسب اه. و في الدر المختار: ثم المراد بالرطبة ما يبقى أصله في الأرض أبدا و انما يقطف ورقه و يباع أو زهره و أما إذا كان له نهاية معلومة كما في الفجل و الجزر و الباذنجان فينبغي أن يكون كالزرع يترك بأجر المثل إلى نهايته كذا حرره المصنف في حواشي الكنز و قواه بما في معاملة الخانية اه. (١)للركوب و الحمل لكن لو استأجرها للحمل له الركوب بخلاف العكس فلو حمل عليها لا أجر عليه لأن الركوب يسمى حملا يقال حمل معه غيره لا العكس بحر عن الخلاصة مختصرا و فيه عن العمادية استأجرها ليحمل حنطة من موضع إلى منزله يوما إلى الليل فحمل و كلما رجع كان يركبها قال الرازي يضمن لو عطبت و قال أبو الليث في الاستحسان لا لجريان العادة به والاذن دلالة اه. فالحاصل أنهم اتفقوا على أنها لو للحمل له الركوب لكن الرازي قيده بأن لا يجمع بينهما و الفقيه عممه اه كذا في الشامية

أن يركب من شاء عملاً بالإطلاق و لكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل و الناس متفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه و كذلك إذا استأجر ثوباً للبس و أطلق فيما ذكرنا لإطلاق اللفظ و تفاوت الناس في اللبس و إن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامناً لأن الناس يتفاوتون في الركوب و اللبس فصح التعيين و ليس له أن يتعداه و كذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل

---

(أن يركب من شاء) بضم الياء من الإركاب و من في محل النصب مفعوله (عملا بالإطلاق) أي التعميم كما ذكرناه (و لكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل) أي لأن ركوبه بنفسه أو إركابه غيره تعين حال كونه مراداً من الأصل و هو الإطلاق و التعميم (و الناس متفاوتون في الركوب فصار كأنه نص) في الابتداء (على ركوبه) أي ركوب شخص معين (و كذلك إذا استأجر ثوباً للبس و أطلق) أي عمم و لم يقيد بلبس شخص (فيما ذكرنا) من العمل بالإطلاق و هو أن يلبس من شاء و لكن إذا لبس بنفسه أو ألبس واحداً ليس له ان يلبس غيره (لإطلاق اللفظ و تفاوت الناس في اللبس) هذان يرجعان إلى الحكمين المذكورين من قبيل اللف و النشر فرجع كل واحد منهما إلى ما يليق به من الحكم (و إن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب) أي هلك و الضمير فيه يرجع إلى كل واحد من الدابة و الثوب (كان ضامناً لأن الناس يتفاوتون في الركوب و اللبس فصح التعيين و ليس له أن يتعداه) لأنه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فإذا تعدى ضمن (و كذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل) بكسر الميم الثانية و ذلك كالفسطاط و نحوه حتى لو استأجر فسطاطاً و دفعه إلى غيره إجارة أو إعارة فنصبه و سكن فيه ضمن (١) عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لتفاوت الناس في نصبه و اختيار مكانه و ضرب أوتاده و عند محمد رحمه الله تعالى لا يضمن

---

(١) ضمن عند ابي يوسف. و في الشامية: و قوله ضمن عند ابي يوسف و قال أبو السعود أي إن كان قيد بأن يستعمله بنفسه حموي و كذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى على ما نقله شيخنا عن المفتاح اه. و في التاترخانية: استأجر قبة لنصبها في بيته شهرا بخمسة دراهم جاز و إن لم يسم مكان النصب و لو نصبها في الشمس أو المطر و كان فيه ضرر عليها ضمن و لا أجر و إن سلمت عليه الأجر استحسانا و إن نصبها في دار أخرى في ذلك المصر لا يضمن و إن أخرجها إلى السواد لا أجر سلمت أو هلكت و لو استأجر فسطاطا يخرج به إلى مكة له أن يستظل بنفسه و بغيره لعدم التفاوت و لو انقطع أطنابه و انكسر عموده فلم يستطع نصبه لا أجر و إن اختلفا في مقدار الانتفاع فالقول للمستأجر و إن في أصله حكم الحال كمسئلة الطاحون و تمامه فيها.

لما ذكرنا فأما العقار و ما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت و الذى يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه قال و إن سمى نوعاً و قدراً معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير و السمسم لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت أو لكونه خيراً من الأول و ليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح و الحديد لانعدام الرضاء به.

---

لأنه للسكنى فصار كالدار (لما ذكرنا) يعنى من تفاوت الناس فى الاستعمال (فأما العقار و ما لا يختلف باختلاف المستعمل) كالأخصاص المبنية من القصب و البيوت المبنية من الخشب و نحوها (إذا شرط سكنى واحد فله (١) أن يسكن غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت) أى فى السكنى (و الذى يضر بالبناء خارج) هذا جواب عن سؤال من يقول قد تتفاوت السكان أيضاً فإن الحداد و نحوه يضر بالبناء فأجاب عنه بأن الذى يضر بالبناء خارج أى مستثنى (على ما ذكرناه) أشار به إلى قوله إلا أنه لا يسكن حداداً إلى آخره (قال) أى القدورى (و إن سمى نوعاً و قدراً معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة اقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر) كحنطة أخرى غير الحنطة المعينة (أو أقل) ضرراً (كالشعير و السمسم) قال السغناقى و تبعه الأترازى رحمه الله تعالى هذا لف و نشر فالشعير ينصرف إلى المثل و السمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن قلت هذا ليس بلف و نشر بل كل واحد منهما ينصرف إلى الأقل و مثال له و أما مثل الحنطة فى الضرر هو الحنطة الاخرى غير الحنطة المعينة فى الإجارة كما ذكرنا و لا شك أن الشعير أخف من الحنطة سواء كان وزناً أو كيلا فكيف يكون مثل الحنطة فى الضرر ثم قال هذا جواب الاستحسان أما لو سمى قدراً من الحنطة وزناً فحمل مثل الوزن من الشعير يضمن و فى المبسوط لا يضمن و هو الاصح و به أفتى الصدر الشهيد رحمه الله تعالى (لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت) فيما إذا كان مثلا (أو لكونه خيراً من الأول) فيما إذا كان أقل ضرراً (و ليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح و الحديد لانعدام الرضاء فيه) لأنه يجتمع فى موضع واحد فيدق ظهر الدابة و فى المبسوط و كذا لو حمل مثل وزن الحنطة قطناً يضمن لأنه يأخذ من ظهر الدابة اكثر ما يأخذه الحنطة فكان أضر

---

(١) فله أن يسكن غيره أى غير ذلك الواحد و فى شرح الزيلعى أول الباب و له أى للمستأجر أن يسكن غيره معه أو منفردا لأن كثرة السكان لا تضر بها بل تزيد فى عمارتها لأن خراب المسكن بترك السكن اه.

**و إن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره و القطن ينبسط على ظهره قال و إن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها**

---

عليها من وجه كما لو حمل عليها حطباً أو تبناً (و إن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس (١) له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه) أى الحديد (ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره و القطن ينبسط على ظهره) إنما ذكر هذا مع كونه معلوماً مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل و هذا نظير الموزون (قال) أى القدوريّ (و ان استأجرها ليركبها فأردف (٢) معه رجلا فعطبت (٣) ضمن نصف قيمتها) قيد بالإرداف لأنه لو ركبها و حمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة و إن كانت الدابة تطيق ذلك لأن ثقل الراكب مع الذى حمله على عاتقه يجتمعان فى مكان واحد فيكون أشق عليها كما لو حملها مثل وزن الحنطة حديداً و قيد بقوله رجلا لأنه إذا أردف صبياً يضمن قدر الفضل لأن الصبى لا يستمسك بنفسه على الدابة فكان كالمتاع و هذا اذا كانت الدابة تطيق ذلك فإن لم تطق يضمن جميع قيمتها و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و عن الشافعي رحمه الله تعالى يجب على المردوف نصف الضمان و قوله ضمن نصف قيمتها يعنى مع تمام الأجر إذا كان الهلاك بعد البلوغ إلى المقصد ثم المالك بالخيار إن شاء ضمّن المستأجر فلا يرجع (٤) المستأجر على الرديف سواء كان الرديف مستعيراً

---

(١)فليس له الخ. أقول و لم يذكر ما يضمن فى الاوجه المذكورة و حاصل ما فى البدائع أن الخلاف الموجب للضمان إما فى الجنس أو فى القدر أو الصفة فالأول كما استأجرها لحمل كر شعير فحمل كر حنطة يضمن كل القيمة لأنها جنس آخر و اثقل فصار غاصبا و لا أجر لأنهما لا يجتمعان و الثانى كما اذا استاجرها ليحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل أحد عشر فان سلمت لزم المسمى و إلا ضمن جزأ من أحد عشر جزأ من قيمتها و الثالث كما إذا استأجرها ليحمل مائة رطل قطن فحمل مثل وزنه أو أقل حديدا يضمن قيمتها لأن الضرر ليس للثقل فلم يكن مأذونا و لا أجر لما قلنا كذا فى الشامية. (٢)فأردف الخ. الرديف من تحمله خلفك على ظهر الدابة كذا فى الشامية. قال الحدادىّ: الرديف مثال و ليس بقيد حتى لو جعل المستأجر نفسه رديفا وغيره أصيلا فالحكم واحد. و فى غاية البيان: قيّد بكونه رديفا لأنه لو أقعد الأجنبى فى السرج صار غاصبا و لم يجب عليه شيء من الأجرة اه. أطلق فى الإرداف فشمل ما إذا أردف فى كل المدة أو بعضها. و فى المحيط: استأجر دابة ذاهبا و راجعا بعلفها فركبها ذاهبا و حمل عليها متاعا و أردف آخر راجعا فعليه أجرة مثلها فى الذهاب لأن الاجارة وقعت فاسدة لجهالة العلف و فى الرجوع ركبها اثنان فهلكت فعليه نصف القيمة و لما زاد من الحمل و يعرف ذلك بالرجوع إلى أهل الخبرة كذا فى تكملة الطورى. (٣)فعطبت. قيد بكونها عطبت لأنها لو سلمت لزم المسمى فقط كذا فى الدر المختار. (٤)فلا يرجع المستأجر الخ. لأنه ملكها بالضمان فصار الرديف راكبا دابته باذنه فلا رجوع عليه رحمتى كذا فى الشامية.

و لا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف و يخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية و لأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات

---

أو مستأجراً و إن ضمّن الرديف يرجع (١) الرديف على المستأجر إن كان ذلك الرديف مستأجراً و إن كان مستعيراً لا يرجع و في تجريد القدوري استأجر دابة ليركبها فأركب غيره مع نفسه يضمن النصف سواء كان أخف أو اثقل و في الفتاوى الصغرى والتتمة استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فركب و حمل مع نفسه حملا يضمن قدر الزيادة إن عطبت الدابة و هذا إذا لم يركب موضع الحمل بل يكون ركوبه في موضع و الحمل في موضع آخر أما إذا ركب على موضع الحمل ضمن قيمة جميع الدابة كذا في إجارات شيخ الإسلام خواهر زادة (و لا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف و يخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية) أراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب كيف يقعد على ظهر الدابة و كيف يضم فخذيه و كيف يحط رجليه و كيف يمسك اللجام و الخطام فإن الدواب لا تتلف و لا تهلك تحت الركب إلا من هذه الجهات (و لأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن) قال في الكافي لأن الآدمي لا يوزن بالقبان و فيه (٢) نظر و قد شاهدنا كثيراً من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها و لكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى (فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة) بضم الجيم جمع الجاني كالقضاة جمع القاضي و البغاة جمع الباغي (في الجنايات) أراد ان الاعتبار في الجنايات المتعددة عدد الجناة لا عد الجنايات حتى ان رجلا إذا جرح رجلا جراحة واحدة و الآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافاً لأنه ربما سلم المجروح من عشر جراحات و يهلك من جراحة واحدة و أورد شبهتان الأولى: أن الأجر و الضمان لا يجتمعان و ههنا قد اجتمعا لأنه وجب عليه نصف الضمان مع وجوب الأجر كما ذكرنا. الثانية: أنه لو استأجرها ليركبها بنفسه فلو أركب غيره يجب عليه كل القيمة و ههنا نصف القيمة مع أنه ركب و أركب غيره مع أن الضرر ههنا أكثر و الضمان يدور مع زيادة الضرر و أجيب عن الأولى بأن انتفاء الأجر عند وجود الضمان إذا ملكه بالضمان بطريق الغصب لأنه

---

(١) يرجع الرديف الخ. لأنه غرّه في ضمن عقد المعاوضة بخلاف ما لو كان الرديف مستعيرا فلا رجوع له لأنه لم يضمن له السلامة حيث لم يكن بينهما عقد رحمتي كذا في الشامية. (٢) و فيه نظر الخ. أقول في نظره نظر لعله زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقبان أصلا و هل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا إلا أن يكون مجردا أو جسما لطيفا كذا في النتائج.

وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لأنها عطبت بما هو مأذون فيه و ما هو غير مأذون فيه و السبب الثقل فانقسم عليهما

لا أجر عليه في ملكه و ههنا لا يملك شيئاً بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه و جميع المسمى بمقابلة ذلك و إنما يضمن ما شغله بركوب الغير و لا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه لا يقال حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة و قد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر لأنا نقول إن الضرر ليس من قبيل ثقل الراكب و خفته و إنما هو باعتبار العدد و لهذا يوزع الضمان نصفين و عن الثانية أنه إذا أركب غيره فهو مخالف في الكل و هنا هو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره ألا ترى أنه لو استأجرها لركوبه لم يجب الأجر إذا حمل عليها غيره و وجب الأجر إذا ركبها و حمل مع نفسه غيره (و إن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه) أى من المقدار الذى عينه (فعطبت ضمن ما زاد الثقل) بكسر الثاء و فتح القاف و هو ضد الخفة و بالسكون الحمل و بفتحتين متاع المسافر (لأنها عطبت بما هو مأذون فيه و ما هو غير مأذون فيه و السبب الثقل فانقسم عليهما) أى انقسم الضمان على ما هو مأذون فيه و على ما هو غير مأذون فيه و قوله ما زاد الثقل مقيد بما إذا كان المزيد من جنس المسمى بخلاف ما إذا كان من غير جنسه كما لو استأجرها ليحمل عليها كر شعير فحمل عليها حنطة بمثل ذلك الكيل فهلك ضمن جميع قيمتها و الفرق أن فى الأول هو مأذون فى حق المزيد عليه و فى حق الزيادة لا فلا يضمن لما أذن فيه و فى الثانى تحققت المخالفة فى الجميع فيضمن و عند (١) الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمتها كلها كما فى الغصب لأنه متعد هذا إذا لم يكن معها صاحبها و إن كان صاحبها معها فإن تلف بعد التسليم إلى صاحبها لم يضمن و إن تلف فى حال الحمل ضمن و فى قدر الضمان قولان أحدهما نصف القيمة و الثانى أنه يسقط و ما قابل الزيادة يجب و إن لم يهلك يجب المسمى و فيما زاد أجر المثل و عن مالك رحمه الله تعالى خير المالك بين تضمين القيمة بالتعدى و بين أجر المثل فإن قيل ما ذكرتم ينتقض بما إذا استأجر ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوماً فهلك ضمن الجميع و إن كانت الزيادة من الجنس أجيب بأن الطحن إنما يكون شيئاً فشيئاً فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو فى الطحن مخالف فى استعمال الدابة بغير الإذن فيضمن الجميع فأما فى الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون فى بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك و فى تتمة الفتاوى استكرى دابة

(١) عند الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا فى شرح الوجيز ص١٥٥ ج٦ و المغنى ص٨١ ج٦.

**إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة و إن كبح الدابة بلجامها**

ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل فى الجوالق (١) عشرين مختوماً و أمر المكارى أن يحمل هو عليها فحمل هو و لم يشاركه المستكرى فى الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلكت الدابة و لو حملاه جميعاً يعنى المكارى و المستكرى و وضعاه على الدابة يضمن المستكرى ربع (٢) القيمة و إن كانت الحنطة فى الجوالقين فحمل كل واحد منهما جوالقا و وضعاهما على الدابة جميعا لا يضمن (٣) المستأجر شيئاً و يجعل حمل المستأجر ما كان مستحقاً بالعقد (إلا إذا كان حملاً) بكسر الحاء (لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة) و فى بعض النسخ لخروجه عن طاقة الدابة و المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً و فى الشرط يضمن القيمة (و إن كبح (٤) الدابة بلجامها) أى جذبها إلى نفسه لتقف و لا تجرى

(١)الجوالق. و فى تاج العروس مع القاموس مادة جلق: (الجوالق بكسر الجيم و اللام و بضم الجيم و فتح اللام) و هذه عن ابن الاعرابى (و كسرها) أى مع ضم الجيم (وعاء م) معروف معرب كواله كما فى الفتح و الصواب أنه معرب جواله بالجيم الفارسية المنقوطة بثلاث من تحت (ج جوالق) بالفتح (كصحائف و) قد جآء فى الشعر (جواليق) قال:

يا حبذا ما فى الجواليق السود من خشكنان و سويق مقنود

(و)ربما قالوا (جوالقات) و أنكره سيبويهٌ قال ابن برىّ قال سيبويهٌ قد جمعت العرب اسماء مذكرة بالألف و التاء لامتناع تكسيرها نحو سجل و اصطبل و حمام فقالوا سجلات و اصطبلات و حمامات و لم يقولوا فى جمع جوالق جوالقات لأنهم قد كسروه فقالوا جواليق اه. (٢)ربع القيمة. و فى الدر المختار: (و إن حملا) الحمل (معا) و وضعاه عليها (وجب النصف على المستأجر) بفعله و هدر فعل ربها مجتبى اه. و فى رد المحتار على الدر المختار: (قوله وجب النصف) أى وجب عليه من قيمة الدابة ما يقابل النصف من الزيادة ثم ما فى المتن نقله فى المنح عن المحيط و نقل بعده عن الخلاصة أنه يضمن ربع القيمة و مثله فى التاترخانية عن الذخيرة و الشرنبلالية عن تتمة الفتاوى فالصواب أن المراد الربع إذا كانت الزيادة مساوية للمشروط لما فى البزازية استأجره ليحمل عشرة مخاتيم فجعل عشرين و حملا معا ضمن ربع القيمة لأن العصف ماذون و النصف لا فينتصف هذا النصف اه. (٣)لا يضمن المستأجر الخ. و فى الخلاصة: هذا إذا حمل المستأجر أولاً و إن حمل رب الدابة أولاً ثم المستأجر فهلكت ضمن نصف القيمة. و فى الأصل: إذا استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب اكثر مما كان يلبس و ركب الدابة فهلكت إن لبس ما يلبس الناس فلا ضمان عليه و إن لبس ما لا يلبسه الناس ضمن ما زاد بحسابه. و فى الخانية: استأجر دابة ليركبها إنسانا فأركبها امرأة بآلة أو رجلا بسرج فهلكت لا ضمان عليه و لا على الراكب إلا أن يعلم أن مثل الدابة لا تطيق ذلك فيضمن جميع القيمة. (٤)و إن كبح الدابة الخ. أطلق فى الكبح و الضرب و هو محمول على ما إذا كان بغير إذن صاحبها ففى التاترخانية: استأجرها ليركبها فضربها فماتت فان كان باذن صاحبها و أصاب الموضع لا يضمن بالاجماع. و فى جامع الفصولين: استأجر حمارا لحمل متاع و لم يكن صاحب المتاع معه =>

أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يضمن إذا فعل فلاً متعارفاً لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلاً باذنه فلا يضمنه و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما و هما للمبالغة فيقيد بوصف السلامة كالمرور فى الطريق و ان استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها

---

(أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه) و به قالت الثلاثة و إسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى و قال صاحب العناية و فى عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته و الجواب أن اللام في المتعارف للعهد أى الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف و حينئذ يكون داخلا لا مراداً لأن العقد المطلق يتناوله وغيره (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الاذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما) أى بدون الكبح و الضرب (و هما) أى الكبح و الضرب (للمبالغة فيقيد بوصف السلامة كالمرور (١) فى الطريق) أى فى طريق العامة فإنه مقيد بوصف السلامة و فى الفتاوى الصغرى معلم ضرب الصبي بإذن الأب أو الوصى لم يضمن و هما لو ضربا يضمنان و فى العيون المعلم و الاستاذ إذا ضربا الصبي بغير إذن الأب أو الوصى ضمنا و لو ضرباه بإذنهما لا يضمنان و الأب أو الوصى إذا ضربه للتأديب فمات ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما و فى التتمة الأصح أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى رجع إلى قولهما و فى الفتاوى الصغرى أيضاً قال أبو سليمان رحمه الله تعالى إذا ضرب ابنه على تعليم القرآن أو الأدب فمات قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تجب الدية و لا يرثه و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا شيء عليه و يرثه و لو ضرب امرأته على المضجع فماتت يضمن و لايرثها فى قولهما لأنه ضربها لمنفعة نفسه بخلاف الأب مع الابن (و إن استأجرها إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة و سكون الياء آخر الحروف و فتح الراء المهملة و هى مدينة على رأس ميل من الكوفة كان يسكنها النعمان بن المنذر رضى الله تعالى عنه (فجاوز بها

---

=> فمرض الحمار فى الطريق فترك الحمار صاحبه و ترك المتاع لم يضمن للضرورة و العذر كذا في تكملة الطورى. (١) كالمرور فى الطريق بخلاف ضرب القاضى الحدّ أو التعزير أو فصد الفصاد حيث لا يضمن إذا هلك به لأن الحدّ و التعزير واجب عليه و كذا الفصد لالتزامه بعقد الاجارة و الضمان لا يجب بالواجب و هذا بخلاف ما إذا ضرب العبد المستأجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما أنه يؤمر و ينهى لفهمه فلا ضرورة إلى الضرب كذا فى التبيين.

إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن و كذلك العارية وقيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلايصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى أما إذا استأجرها ذاهباً و جائياً يكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق و قيل الجواب مجرى على الإطلاق و الفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقى الأمر بالحفظ بعد

---

إلى القادسية) و هو موضع بينه و بين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت) أى هلكت (فهو ضامن و كذلك العارية) أى فى العارية أيضاً يضمن إذا فعل ذلك و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و هل يجب أجر المثل فى الزيادة فعندنا و عند الثورىّ لا يجب و عند الشافعى (١) و أحمد رحمهما الله تعالى يجب أجر المثل في الزيادة و حكى عن مالكٌ اذا تجاوز بها الى مسافة بعيدة يخير صاحبها بين أجر المثل و بين المطالبة بقيمتها يوم التعدى و قد طعن عيسى بن ابانٌ فقال إلحاق العارية بالاجارة كما ذكره فى الكتاب غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع و مؤنة الرد على المالك كما فى الوديعة بخلاف العارية حيث لا يرجع المستعير على المالك بشيء و أجيب عن هذا بأن يد المستأجر يد نفسه لأنه قبضه لمنفعة نفسه كالمستعير و لكن رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة و ذلك لا يدل على أن يده ليست بيد نفسه كالمشترى يرجع بضمان المغرور (و قيل تأويل هذه المسألة) أشار بهذا إلى بيان اختلاف المشايخ فى معنى وضع المسألة المذكورة فمنهم من قال تأويلها (إذا استأجرها ذاهباً لا جائيا لينتهى العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير) أى المستأجر (بالعود) من القادسية إلى الحيرة (مردوداً إلى يد المالك معنى) فإنه لما كان مودعاً معنى فهو نائب المالك و الرد إلى النائب رد إلى المالك معنى (أما إذا استأجرها ذاهباً و جائياً يكون بمنزلة المودع) بفتح الدال (إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق) حيث يخرج من الضمان بعد العود (و قيل الجواب مجرى على الإطلاق) لأن محمدا رحمه الله تعالى لم يفصل فى الجامع الصغير فى الجواب بل أطلق و قال هو ضامن من غير قيد يعنى سواء استأجرها ذاهباً لا جائياً أو ذاهباً و جائياً فإنه لا يبرأ بالعود عن الضمان لأن بالمجاوزة صار غاصباً و دخلت الدابة فى ضمانه و الغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على نائبه و لم يوجد (و الفرق) يعنى بين الوديعة و بين الإجارة و العارية (أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقى الأمر بالحفظ بعد

---

(١)عند الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص٧٨ ج٦.

العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك و فى الإجارة و العارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للإستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود و هذا أصح و من اكترى حماراً بسرج فنزع ذلك السرج و أسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لأنه إذا كان يماثل الأول يتناوله إذن المالك إذ لا فائدة فى التقييد بغيره إلا إذا كان زائداً عليه فى الوزن فحينئذ يضمن الزيادة و إن كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً و إن أوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا فى

---

العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك) أراد بنائب المالك المودع بنفسه لأنه نائبه فى الحفظ لقيام الأمر به مطلقاً فإذا عادا إلى الوفاق حصل الرد إلى نائب المالك فبرىء من الضمان (و فى الإجارة و العارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للإستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال) بالتجاوز عن الموضع المسمى (لم يبق هو نائباً) أى لم يبق المستأجر أو المستعير نائبا فلم يوجد الرد إلى المالك أو إلى نائبه (فلا يبرأ بالعود) أى فلا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق فإن قيل غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ و إن لم يوجد الرد إلى المالك أو نائبه أجيب بأنا نزيد فى الماخذ أو على من يؤخذ منه فسبب الضمان يرتفع بالرد عليه كذا فى الفوائد الظهيرية (و هذا) أى الاجراء على الإطلاق (أصح) من التفصيل فى الجواب و فى الكافى و قيل الأول أصح (و من اكترى حماراً بسرج فنزع ذلك السرج و أسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لأنه) أى السرج الثانى (إذا كان يماثل الأول) أى السرج الأول (يتناوله إذن المالك إذ لا فائدة فى التقييد بغيره) أى من حيث المنع أى لا فائدة فى القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذى عينه صاحبها إذا كان غيره يماثله و فى بعض النسخ فى التقييد بعينه و هو واضح قال الكاكى و الأولى فى اللفظ هنا أن يقال بعينه و قال الأترازى قوله فى التقييد بغيره أى فى تقييد الاذن بغير ذلك السرج و لو قيل بعينه كان أولى فى تقييد الإذن بغير ذلك السرج لأنه و ما يماثله سواء فلم يفد التقييد قلت فكأنما ما وقفا على كون هذه نسخة فلذلك قالا هذا القول (إلا إذا كان زائداً عليه فى الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه يعنى ضمن إذا كان السرج الثانى زائداً على الأول ثم بين كيفية الضمان بقوله (فحينئذ يضمن الزيادة) لأنه من جنس المسمى قال تاج الشريعة هذا إنما يستقيم إذا كان الهلاك من السرج الثانى (و إن كان لا يسرج بمثله الحمر) بأن أسرجه بسرج البرذون (يضمن) أى القيمة كلها (لأنه لم يتناوله الإذن من جهته) أى من جهة المالك (فصار مخالفا) فيضمن (و إن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا فى

**السرج و هذا أولى و إن أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يضمن بحسابه**

السرج) من أنه لم يتناوله الاذن (و هذا أولى) أى الضمان ههنا أولى من الضمان فيما إذا أسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر لأن السرج من جنس السرج و الاكاف ليس من جنس السرج و لأنه أثقل بالنسبة إلى السرج (و إن أوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و لم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة و لكنه قال هو ضامن و ذكر فى الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن مشايخنا من قال ليس فى المسألة روايتان و إنما المطلق محمول على المفسر و منهم من قال فيها روايتان فى رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد و فى رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلامؒ و هذا أصح (و قالا) أى قال (١) ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يضمن بحسابه ) و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و تكلموا فى معنى قولهما يضمن بحسابه فقيل المراد المساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين و الاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها و قيل بحسابه فى الثقل و الخفة حتى لو كان وزن السرج منوين و الاكاف ستة امناء يضمن ثلثى قيمتها و قال الحاكمؒ فى الكافي و لو تكارى حماراً عرياناً فأسرجه و ركبه فهو ضامن له و قال الكرخيؒ فى مختصره و لو اكترى حماراً عرياناً فأسرجه ثم ركبه كان ضامناً قال الاسبيجابيؒ فى شرح الكافي و هذا إذا كان حماراً لا يسرج مثله عادة أما إذا كان يسرج و يركب بالسرج فلا ضمان عليه لأن المقصود هو الركوب و السرج آلة له فلا يختلف بوضع السرج عليه و قال القدوريؒ فى شرحه لمختصر الكرخيؒ و قد فصل أصحابنا هذا و قالوا استأجره ليركب إلى خارج المصر لم يضمن لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج و لا إكاف فلما آجره كذلك فقد أذن له من طريق المعنى و قالوا و إن استأجره ليركبه فى المصر و هو من ذوى الهيآت فله أن يسرجه لأن مثله لا يركب بغير سرج و إن كان من دون الناس فأسرجه ضمن لأن مثله يركب فى البلد بغير سرج و السرج اثقل على الدابة ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد قال فخر الدين قاضي خانؒ فى شرح الجامع الصغير اختلفوا فيه و الصحيح أنه يضمن جميع القيمة لأنه ذكر الضمان مطلقا فينصرف إلى الكل و قال (٢) الأترازيؒ ينبغي أن يكون الأصح ضمان قدر الزيادة لأنه استأجره عرياناً فأسرجه

(١)قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. نقل الشرنبلاليؒ أن الفتوى على قولهما كذا فى الشامية.
(٢)قال الاترازيؒ الخ. أقول و فيه نظر لما مر أنه لو ركب موضع الحمل ضمن الكل كذا فى رد المحتار.

لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو و السرج سواء فيكون المالك راضياً به إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمّى إذا كانت من جنسه و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل و السرج للركوب و كذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفاً كما إذا حمل الحديد و قد شرط له الحنطة

---

فكان السرج كالحمل الزائد على الركوب و قال الكرخيّ في مختصره و إن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام و كذلك إن أبدله و ذلك لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره و لا يتلف به فلم يضمن بإلجامه (لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو و السرج سواء فيكون المالك راضياً إلا به إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة) فكان متعدياً فيها فيضمنها (فصار كالزيادة في الحمل المسى) أي فصار حكم الزيادة في السرج كحكم الزيادة في الحمل المسى بأن قال خمسون رطلا فزاد عليها خمسين أخرى (إذا كانت) أي الزيادة في الحمل المسمى (من جنسه) أي من جنس المسمى بأن كان المسمى حنطة فزاد مثلها حنطة فإنه يضمن الزيادة (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه) أي لأن الكاف (١) (للحمل) بفتح الحاء (و السرج للركوب و كذا ينبسط أحدهما) و هو الاكاف (على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر) و هو السرج (فيكون مخالفاً كما إذا حمل الحديد و قد شرط له الحنطة) أي و الحال أنه قد شرط للحمل الحنطة قال صاحب العنايةّ فيه نظر لأنه عكس ما نحن فيه من المثال إلا إذا جعل ذلك للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط و عدمه قلت (٢) ليس فيه عكس لأن الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة و هذا ظاهر على أن هذا تشبيه و التشبيه لا عموم له فلا حاجة إلى النظر و

---

(١) لأن الاكاف الخ. اشارة إلى المخالفة المعنوية و قوله و كذا ينبسط الخ إشارة إلى المخالفة الصورية فتحققت المخالفة صورة و معنى فيضمن كما إذا حمل الحديد و قد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة و معنى أما صورة فظاهر و أما معنى فلأن الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة فيكونّ أشق كذا هنا أيضا كذا في الكفاية. (٢) قلت ليس فيه عكس الخ. أقول فيه نظر لأن تعليله ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة إذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستاجر على الدابة و هو الحديد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرطه له في العقد و هو الحنطة و قد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الحمار و هو الاكاف اكثر انبساطا مما عين له في العقد و هو السرج و هو عكس ذلك لا محالة كذا في النتائج.

**و إن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه و إن بلغ فله الأجر و هذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لأن عند ذلك التقييد غير مفيد أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإنه تقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل و إن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفاً و إن بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى و إن بقي صورة و إن حمله في البحر**

---

الجواب عنه (و إن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ) أى الحمال (في طريق غيره) أى غير الطريق الذى عينه المستأجر (يسلكه الناس) هذه جملة فى محل الجر لأنها صفة لقوله فى طريق غيره قيد بها لأنه إذا كان لا يسلك الناس فيه يضمن (فهلك المتاع فلا ضمان عليه) لعدم افادة التقييد (و إن بلغ) بالتشديد كذا السماع من المشايخ أى و إن بلغ الحمال المتاع إلى ذلك الموضع الذى سمّاه أن يحمل إليه و يجوز بالتخفيف على اسناد الفعل إلى المتاع أى ان بلغ المتاع إلى الموضع الذى سمّاه (فله) أى فللحمال (الأجر) أى الأجر المسمى لحصول المقصود (و هذا) أي هذا الذى ذكرناه من عدم الضمان و وجوب الأجر (إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لأن عند ذلك) أى عند عدم التفاوت (التقييد غير مفيد أما إذا كان تفاوت) أى بين الطريقين بأن يكون الطريق الذى سلكه أوعر أو أبعد أو أخوف (يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد) لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه فاذا خالفه صار متعدياً فيضمن و إن بلغ المكان فله الأجر لحصول المقصود كذا في الفوائد الظهيرية (إلا أن الظاهر) هذا جواب إشكال يرد على التفصيل تقريره أن يقال إن محمداً رحمه الله تعالى أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ فى الطريق الذى يسلكه الناس و لم يقيد فما هذا التفصيل فأجاب بقوله إلا أن الظاهر (عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل) يعنى لم يفصل محمد رحمه الله تعالى بين الطريقين بالتفاوت (و إن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفاً) صورة و معنى فيضمن (و إن بلغ) بالتشديد يعنى و إن بلغ الحمال المتاع إلى ذلك الموضع الذى عينه و يجوز بالتخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع يعنى إن بلغ المتاع إلى المكان الذى عينه مع سلوكه فى الطريق الذى لا يسلكه الناس (فله) أى فللحمال (الأجر) أي الأجر المسمى (لأنه ارتفع الخلاف) أى ارتفع مخالفة المستأجر (معنى) أى من حيث المعنى لحصول غرض المستأجر (و إن بقى) أى الخلاف (صورة) أى من حيث الصورة و ذلك لأنه سلك طريقا غير ما عينه (و إن حمله) اى حمل الحمال المتاع (فى البحر) و الحال أنه أمره بالمسير

فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر و البحر و إن بلغ فله الأجر لحصول المقصود و ارتفاع الخلاف معنى و من استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها و كثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شر فيضمن ما نقصها و لا أجر له لأنه غاصب للأرض على ما قررناه و من دفع إلى خيّاط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب و إن شاء أخذ القباء و أعطاه أجر مثله و لا يجاوز به درهماً

---

في البر (فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت) خوفا و أمنا (بين البر و البحر) حتى أن للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر (و إن بلغ) يعني و إن بلغ الحمال المتاع إلى المكان الذي عيّنه مع حملانه في البحر (فله (١) الأجر) أي فللحمال الأجر المسمى (لحصول المقصود) و هو بلوغ ذلك الشيء إلى الموضع الذي عيّنه (و ارتفاع الخلاف معنى) دون صورة و هو ذهابه في غير الطريق الذي عينه و لكن هذا الخلاف غير معتبر بعد حصول المقصود (و من استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها أي عروق الرطاب (فيها) أي في الأرض (و كثرة الحاجة إلى سقيها) أي سقي الأرض (فكان (٢) خلافاً إلى شر فيضمن) أي المستأجر (ما نقصها و لا أجر له) أي للمؤجر على المستأجر لأن الأجر و الضمان لا يجتمعان (لأنه (٣) غاصب للأرض) و عند (٤) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى رب الأرض مخير بين أخذ الأجر المسمى و أرش ما نقصت الأرض و بين أخذ أجر المثل للجميع (على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأن الرطاب أضر بالأرض إلى آخره (و من دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء) أي صاحب الثوب ضمّنه أي الخياط (قيمة الثوب) و يكون القباء للخياط لأنه ملك الثوب بأداء الضمان (و إن شاء أخذ القباء و أعطاه) أي الخياط (أجر مثله و لا يجاوز به درهما) لأن المنافع عندنا لا تتقوم إلا بالعقد و ليس فيما وراء المسمى عقدكما لو شرط على النساج أن ينسجه صفيقاً فحاكه رقيقاً أو على العكس حيث

---

(١)فله الأجر يعني استحسانا زيلعي. (٢)فكان خلافا إلى شرمع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما لو أردف غيره أو زاد على المحمول المسمى حيث يضمن بحسابه لتلفها بماذون فيه وغيره فيضمن بقدر ما تعدى لاتحاد الجنس زيلعي ملخصا. (٣)لأنه غاصب للأرض. قال في المنح: قلت ما ذكر هنا من عدم وجوب الأجر و وجوب ما نقص من الأرض مذهب المتقدمين من المشايخ و أما مذهب المتأخرين فيجب أجر المثل على الغاصب لأرض الوقف و اليتيم و المعد للاستغلال كالخان و نحوه كذا في الشامية. (٤)عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ. راجع الوجيز مع العزيز ص١٣٤ ج٦.

قيل معناه القرطق الذى هو ذو طاق واحد لأنه يستعمل إستعمال القباء و قيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان فى المنفعة و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يضمن من غير خيار لأن القباء خلاف جنس القميص و وجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشد وسطه و ينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة و المخالفة فيميل إلى أىّ الجهتين شاء إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة

---

يلزمه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى (قيل معناه) أى المراد من القباء (القرطق الذى هو ذو طاق واحد) و هو تعريب كرته يك تاهى و القرطق الذى يلبسه الاتراك مكان القميص يقال له بالفارسية يكتهى و قال الاترازىّ و كان سماعنا بفتح الطاء القرطق و هكذا كان تصحيح الإمام حافظ الدين الكبير البخارىّ و لكن حفظناه فى كتاب مقدمة الادب سماعاً من الثقات بضم الطاء و لهما وجه لأنه لما كان معرباً تلاعبت به الالسنة كما شاءت قلت ينبغى أن يكون بالفتح لأنه تعريب كرته كما ذكرنا و هو مفتوح التاء فلما عربوه قلبوا التاء طاء و لا يلزم منه تغيير الحركة أيضاً فافهم و فى المغرب القرطق ذو طاق واحد و قال الإمام ظهير الدينّ القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق و إذا خيط جانباه كان قميصاً و هو المراد من القرطق كذا فى الخبازية (لأنه) أى لأن القرطق (يستعمل استعمال القباء) لأنه يلبس مثل ما يلبس القباء و يدخل اليدان فى الكمين فيه كما فى القباء (و قيل هو مجرى على إطلاقه) أى القباء مجرى على إطلاقه من غير أن يأول أن معناه القرطق (لأنهما) أى لأن القميص و القباء (يتقاربان فى المنفعة) أى فى منفعة اللبس من دفع الحر و البرد و ستر العورة (و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه) أى الخياط (يضمن) على بناء صيغة المجهول من التضمين (من غير خيار) لصاحب الثوب و هذه الرواية رواها الحسنّ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هى قياس قول الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن القباء خلاف جنس القميص) فكان مخالفاً من كل وجه فكان غاصباً من كل وجه و حكم الغاصب من كل وجه هذا (و وجه الظاهر) أى ظاهر الرواية (أنه) أى القباء (قميص من وجه لأنه يشد وسطه و ينتفع به انتفاع القميص) من دفع الحر و البرد و ستر العورة (فجاءت الموافقة و المخالفة) الموافقة من حيث أن القباء يشبه القميص من الوجه المذكور و أما المخالفة فظاهرة لأنه أمره قميصاً و خاطه قباء (فيميل) أى إذا كان الامر كذلك فيميل صاحب الثوب (إلى أىّ الجهتين شاء) فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمة ثوبه و ترك القباء عليه و إن مال إلى الوفاق أخذ الثوب و أعطاه أجر مثله و هو معنى قوله (إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة) لأنه ما رضى بهذه الصفة و إنما

و لا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى و لو خاطه سراويل و قد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة و الأصح أنه يخير للإتحاد في أصل المنفعة و صار كما إذا أمر بضرب طست من شبه

رضى بتلك الصفة المخصوصة ألا ترى أنه لو خاطه قميصاً مخالفاً لما وصفه لم يجب المسمى لفوت وصف يقابله المسمى فهنا أحق (و لا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى) و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ثم اعلم أن هذا كله إذا تصادقا على الامر بخياطة القميص و لو تخالفا فقال رب الثوب أمرتك بخياطة القميص و قال الخياط بل أمرتني بخياطة القباء فالقول لرب الثوب و به قال مالك و أحمد و ابن أبي ليلى و أبو ثور رحمهم الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى في رواية القول للخياط و اختلف أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى فمنهم من قال في المسألة قولان كالمذهبين و منهم من قال الصحيح أن القول لرب الثوب و منهم من قال إنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن فإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط و إن اختلفا في الأجر فالقول للمالك لأنه منكر للزيادة و البينة بينة الخياط لأنها تثبت الزيادة (و لو خاطه سراويل و قد أمر بالقباء) أي و الحال أنه قد أمر بخياطة القباء (قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و الأصح أنه يخير) إن شاء ضمن الخياط قيمة الثوب و لا أجر عليه و إن شاء أخذ المخيط و أعطاه أجر مثله و لا يجاوز به المسمي (للاتحاد في أصل المنفعة) أي منفعة اللبس و ستر العورة (و صار) أي حكم هذه المسألة (كما إذا أمر بضرب طست من شبه (١)) بفتح الشين المعجمة و الباء الموحدة و هو ضرب من النحاس قال ابو عمرو و الطس (٢) و الطسة و

(١)شبه الخ. و في تاج العروس: الشبه و الشبهان محركتين النحاس الأصفر و يكسر و اقتصر الجوهري على الأولى و الأخيرة و قال هو ضرب من النحاس يقال كوز شبه (بفتحتين) و شبه (بالفتح فالكسر) بمعنى ج أشباه و في المحكم: هو النحاس يصبغ فيصفر و في التهذيب: ضرب من النحاس يلقى عليه دواء فيصفر قال ابن سيده: سمي به لأنه إذا فعل به ذلك أشبه الذهب بلونه اه. (٢)الطس الخ. و في تاج العروس مادة طست: (الطست) من آنية الصفر انثى و قد تذكر و في الصحاح الطست (الطس) بلغة طيء (أبدل من إحدى السينين تاء) للاستثقال فاذا جمعت أو صغرت رددت السين لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء قلت طساس و طسيس انتهى و مثله كلام ابن قتيبة قال شيخنا و يجمع أيضا على طسوس باعتبار الأصل و على طسوت باعتبار اللفظ و نقل ابن الانباري عن الفراء كلام العرب طست و قد يقال طس بغير هاء و هي مؤنثة و طيء تقول طست كما قالوا في لص لصت و نقل عن بعضهم التذكير و التأنيث و قال الزجاج التأنيث اكثر كلام العرب و قال السجستاني هي اعجمية و لهذا قال الازهري هي دخيلة في كلام العرب لأن التاء و الطاء لا يجتمعان في كلمة عربية (و حكى بالشين المعجمة) =>

فضرب منه كوزاً فإنه يخير كذا هذا

## باب الاجارة الفاسدة

قال الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لأنه

الطسة لغات فى الطست و الجمع طسوس و طساس و طسيس و طسات قال أبو عبيد رحمه الله تعالى عن أبى عبيدة الطست معربة (فضرب منه كوزاً فانه) أى فان الآمر (يخير) بين أن يأخذ الكوز و أعطاه أجر مثله و بين أن يضمن المامور قيمة الشبه و لا أجر عليه (كذا هذا) أى فيما إذا خاطه سراويل و قد أمر بالقباء و قال شمس الائمة البيهقى فى الكفاية قالوا لو قطعه سراويل لم يجب له أجرة إلا أن الرواية تخالف هذا و قال فى الإيضاح كانوا يقولون لو قطعه سراويل لم يجب له أجرة لأنه نوع آخر من المنفعة فلم يوجد المعقود عليه قال و الرواية تخالف هذا فإنه روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه لو دفع شبهاً إلى رجل ليضرب له طستا إلى آخر ما ذكره المصنف.

(باب الاجارة الفاسدة)

عقبها بالصحيحة لأنها تأخذ الحكم منها و تأخيرها عن الصحيحة إيقاعها فى محلها (قال) أى القدورى (الإجارة (١) تفسدها الشروط) المخالفة لمقتضى العقد كما لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالأجر عليه و كذلك اشتراط تطيين الدار و مرمتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع فى سقفها على المستأجر و كذلك اشتراط كرى نهر فى الارض أو ضرب مسناة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقنها على المستأجر و كذلك اشتراط رد الأرض مكروبة كل ذلك يفسد الأجارة لأنه جعل هذه الأعمال من جملة الأجر و إنها مجهولة غير معلومة و جهالة بعض الأجر توجب جهالة الباقى فتفسد به الإجارة (كما تفسد (٢) البيع لأنه) أى لأن الإجارة و

=> و نقلوه فى شروح الشفاء فقيل هو خطأ و قيل بل هو لغة و هى الطشت بالمعجمة و هى الأصل و بالسين المهملة معرّب منه و فى المغرب أنها مؤنثة أعجمية و تعريبها طش اه. (١)الاجارة تفسدها الخ. قال فى المحيط كل جهالة تفسد البيع تفسد الاجارة لأن الجهالة المتمكنة فى البدل أو المبدل تفضى إلى المنازعة و كل شرط لا يقتضيه العقد و فيه منفعة لأحد المتعاقدين يفضى إلى المنازعة فيفسد الاجارة. و فى الغياثية الفساد قد يكون لجهالة قدر العمل بأن لا يعين محل العمل و قد يكون لجهالة قدر المنفعة بأن لا يبين المدة و قد يكون لجهالة البدل أو المبدل و قد يكون لشرط فاسد مخالف لمقتضى العقد فالفاسد يجب فيه أجرة المثل لا يزاد على المسمى إن سمى و إلا فأجر المثل بالغاً ما بلغ و فى الباطل لا تجب الأجرة و العين غير مضمونة فى يد المستأجر سواء كانت صحيحة أو فاسدة أو باطلة اه كذا فى تكملة الطورى. (٢) كما تفسد البيع الخ. و فى جامع الفصولين بين البيع الفاسد و الاجارة الفاسدة فرق فان الفاسد من البيع يملك بالقبض و الفاسد من الاجارة لا يملك بالقبض حتى إذا قبضها المستأجر لا يملكها و لو آجرها يجب أجر المثل و لا يكون غاصبا و ليس للأول أن ينقض هذا العقد كذا فى الخلاصة.

بمنزلته ألا ترى أنه عقد يقال و يفسخ والواجب فى الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان و لنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة فى

التذكير باعتبار العقد (بمنزلته) أى بمنزلة البيع (ألا ترى أنه عقد يقال و يفسخ) كما ان البيع كذلك و قوله يقال من الإقالة لا من القول فإذا كانت الاجارة مثل البيع تفسد بالشروط لأنها مبنية على المضايقة و المماكسة فالإشتراط يكون مفضياً إلى المنازعة كالبيع ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشروط لما أنه مبنى على المسامحة و أراد بالشروط شروطاً لا يقتضيها العقد لا كل شرط كما فى البيع و لهذا لو استأجر دابة إلى بغداد بشرط أن يعطيه الأجر إذا رجع من بغداد صح و ليس له المطالبة بالأجر إلى أن يرجع إلا إذا مات ببغداد فحينئذ له أن يأخذ أجر الذهاب و كذا لو استأجر رجلاً ليعمل له هذا العمل بدرهم و شرط عليه أن يفرغ منه اليوم جاز بالإتفاق كذا فى الفتاوى الصغرى (والواجب فى الإجارة الفاسدة أجر (١) المثل لا يجاوز به المسمى) هذا إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى و لا باعتبار عدم التسمية لأنه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغا ما بلغ ذكره فى المغنى و الذخيرة و فتاوى قاضى خان و قال تاج الشريعة قوله لا يجاوز به المسمى أى إلا إذا كان المسمى مجهولاً نحو ما إذا استأجر دارا على دابة أو ثوب أو آجر منه داراً ليسكنها بعترته على أن يعمرها و يؤدى نوائبها فان ثمة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ (و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى يجب بالغاً ما بلغ) أى يجب أجر المثل حال كونه بالغاً ما بلغ و قوله ما بلغ مفعول بالغاً و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (اعتباراً ببيع الأعيان) أى معتبرين اعتباراً بيع المنافع ببيع الأعيان فإن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت و هذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان (و لنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها) لأن التقوم يستدعى سبق الإحراز و ما لا يبقى كيف يحرز (بل بالعقد) أى بل تتقوم بالعقد يعنى صارت متقومة شرعاً بالعقد (لحاجة الناس) أى لأجل حاجة الناس إلى الإجارة التى هى بيع المنافع حاصل الكلام أن المنافع أعراض لا بقاء لها فكما توجد تتلاشى و لا قيمة لها و لكنها تقومت بعقد الإجارة لضرورة دفع الحاجة عن الناس و الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة و هو معنى قوله (فيكتفي بالضرورة فى

(١)أجر المثل أى أجر شخص مماثل له فى ذلك العمل و الاعتبار فيه لزمان الإستئجار و مكانه من جنس الدراهم و الدنانير لا من جنس المسمى لو كان غيرهما و لو اختلف أجر المثل بين الناس فالوسط كذا فى الشامية. و الأخذ بالوسط فى الاجارة لأن الأصل عدم ضمان المنافع و العدل هو الوسط بعلى تأمل كذا فى تقريرات الرافعى.

**الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلاً فى الصحيح عادة لكنهما إذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد أسقطا الزيادة و إذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لأن العين متقوم فى نفسه (١) و هو الموجب الأصلى فإن صحت التسمية انتقل عنه و إلا فلا**

---

الصحيح منها) يعنى إذا كان الأمر كذلك يكتفى بالضرورة فى العقد الصحيح من الإجارة لأن الضرورة تتقدر بقدر الضرورة و هى تندفع بالإجارة الصحيحة فيكتفى بها (إلا أن الفاسد تبع له) هذا جواب عما يقال ينبغى أن لا يجب أجر المثل فى الفاسد لعدم الضرورة فأجاب بأن الفاسد تبع له أى للصحيح فيثبت فيه ما يثبت فى الصحيح باعتبار أنه تبع له والاعتبار للأصل لا للتبع فصار كأنه لا وجود للفاسد (فيعتبر ما يجعل بدلاً فى الصحيح عادة) هذا من تتمة الجواب أى يعتبر فى الإجارة الفاسدة ما يجعل بدلا فى العقد الصحيح عادة و هو قدر أجر المثل (لكنهما إذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد أسقطا الزيادة) هذا ايضاً جواب عما يقال ينبغى على ما ذكرتم أن يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ فأجاب بقوله لكنهما أى لكن المتعاقدين إذا اتفقا على مقدار معين فى العقد الفاسد فقد أسقطا الزيادة على المقدار المعين لتراضيهما بالتسمية على ذلك (و إذا نقص أجر المثل) هذا ايضاً جواب عما يقال لما سقطت الزيادة فى الفاسدة باتفاقهما على مقدار كان ينبغى أن يجب الأجر المسمى بالغاً ما بلغ فأجاب بقوله و إذا نقص أجر المثل أى عن المسمى (لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية) أى لأجل فساد التسمية فاستقر الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل و المسمى (بخلاف البيع) هذا أيضا جواب عما يقال ينبغى أن لا يعتبر تراضيهما فى سقوط الزيادة كما فى البيع الفاسد فأجاب بقوله بخلاف البيع (لأن العين متقوم فى نفسه) يعنى بالاصالة و بلا ضرورة (و هو الموجب الأصلى) أى القيمة هو الموجب الأصلى و ذكر الضمير لتذكير الخبر (فإن صحت التسمية) فى البيع (انتقل عنه) أى عن الموجب الأصلى الذى هو القيمة إلى المسمى لصحة التسمية و الضمير فى انتقل يرجع إلى الواجب الذى دل عليه قوله هو الموجب الأصلى و هو أقرب من قول الكاكىؒ انتقل أى التسمية على تأويل ذكر التسمية وكذا من قول الأترازىؒ انتقل أى البدل عن الموجب الأصلى إلى المسمى (و إلا فلا) أى و إن لم تصح التسمية فلا ينتقل الواجب عن الموجب الأصلى الذى هو القيمة و فى شرح الطحاوى فى الإجارة الفاسدة لا يجب الأجر إذا لم ينتفع به عندنا و أحمد و عند الشافعى و ما لك رحمهم الله تعالى يجب أجر المثل بالتمكن

---

(١) فى نفسه و هو. ن. فى نفسها و هى.

و من استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمي جملة شهور معلومة لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم و كان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه و إذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح

---

من الاستيفاء كالصحيح و لو استأجر شيئا ثم آجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف و قيل يجوز في العقار عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و إن آجره بعد القبض يجوز بلا خلاف فلو كانت الأجرة الثانية اكثر لا يطيب له الفضل عندنا و الثوري و الشعبي و النخعي و ابن المسيب و احمد رحمهم الله تعالى في رواية و قال الشافعي و احمد في رواية و ابو ثور و عطاء الحسن و الزهري رحمهم الله تعالى يطيب له (و من استأجر داراً (١) كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد (٢) في بقية الشهور إلا أن يسمى جملة شهور معلومة) بأن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم و به قال (٣) الشافعي في الاملاء و اختاره الاصطخري و احمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعي في الإصح الإجارة باطلة و قال مالك رحمه الله تعالى الاجارة صحيحة فكلما يمضي شهر يستحق الأجرة لأن الإجارة لا تكون لازمة عنده لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة (لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جملة الشهور مجهولة و البعض منها غير محصور و ترجيح البعض من الشهور المتوسطة بين الأدنى و الجمع ترجيح بلا مرجح و الواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه و هو معنى قوله (و كان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه) أي في الشهر الواحد فإن قيل لو كان العقد فاسداً في بقية الشهور لكان الفسخ جائزاً في الحال أجيب بأن الإجارة من العقود المضافة و انعقاد الإجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ (و إذا تم) أي الشهر الواحد (كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح) الذي كان في شهر واحد ثم إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر الأخير هل يصح قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى على قول أبي يوسف رحمه الله

---

(١) داراً. أقول قوله "داراً" مثال لأنه لو استأجر ثورا ليطحن عليه كل يوم بدرهم فالحكم كذلك كذا في تكملة الطوري. (٢) فاسد في بقية الشهور. أقول هذا مقيد بثلاثة أمور تعلم مما بعده بأن لا يسكن فيما بعد الشهر الأول و أن لا يعجل أجرته و أن لا يسمى جملة الشهور فان وجد واحد منها صح فيه و في البزازية فلو أبرأه عن أجرة الأبد لا يصح إلا عن شهر واحد كذا في الشامية. (٣) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز ص١١٢ ج٦ و المغني ص١٨ ج٦.

فلو سمى جملة شهور معلومة جاز لأن المدة صارت معلومة قال فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه و ليس للمواجر أن يخرجه إلى أن ينقضي و كذلك كل شهر سكن في أوله لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني إلا أن الذى ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ رحمهم الله تعالى و ظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني و يومها لأن في اعتبار الأول بعض الحرج

---

تعالى يصح و على قولهما لا يصح و قال بعضهم لا يصح (١) إلا بحضرة صاحبه بالاتفاق كذا في الذخيرة (فلو سمى جملة شهور معلومة جاز لأن المدة صارت معلومة) فارتفعت الجهالة و يجوز في معلومة الأولى الوجهان النصب على الحال من الشهور و الجر على الوصفية (قال) أى القدوريؒ (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أى في الشهر الثاني لأن التراضي منهما جرى مجرى ابتداء العقد كالبيع بالتعاطي و به قال احمد رحمه الله تعالى خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى (و ليس للمواجر أن يخرجه إلى أن ينقضي) أى الشهر الثاني والكلام في المواجر قد مر مرة (و كذلك كل شهر) أى كذلك يصح العقد في كل شهر (سكن في أوله لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني إلا ان الذى ذكره في الكتاب) أى القدورى (هو القياس و قد مال إليه بعض المشايخ رحمهم الله تعالى) من المتأخرين لأن رأس كل شهر في الحقيقة هو الساعة التي يهل فيها الهلال فاذا أهل مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ (و ظاهر (٢) الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني و يومها لأن في اعتبار الأول بعض الحرج) لأن رأس الشهر في العرف هو الليلة الأولى و يومها فيبقى الخيار فيها اعتباراً للعرف و اعلم أن مشايخنا قد اختلفوا في وقت الفسخ بعد تمام الشهر قال بعضهم لكل واحد منهما حق الفسخ حين يتم الشهر الأول أعني حين يهل الهلال حتى إذا سكن من الشهر الثاني ساعة لا يبقى حق الفسخ بعد ذلك و إليه ذهب القدوريؒ و بعض مشايخنا و قال الصدر الشهيدؒ في الواقعات في باب الإجازة الجائزة بعلامة السين والصحيح أن يفسخ في الليلة الأولى و اليوم الأول من الشهر و الثاني و الثالث فإن خيار الفسخ إنما يثبت له في أول الشهر و أول الشهر هذا و قال بعض مشايخنا له الفسخ في الليلة الأولى و يومها و اختاره صاحب الهدايةؒ و في الذخيره قيل لم يرد

---

(١) لا يصح إلا بحضرة صاحبه الخ. و الحيلة إذا غاب أن يؤجر من آخر فاذا انقضى الشهر صح للآخر في الثاني و انفسخ الأول كما في جامع الفصولين أى لأنه يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الصريح سائحاني كذا في الشامية.

(٢) و ظاهر الرواية الخ. و به يفتى كذا في التبيين.

**و إن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز و إن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز و إن لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى و إن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذى استأجره لأن الأوقات كلها فى حق الإجارة على السواء فأشبه اليمين بخلاف الصوم**

---

محمد رحمه الله تعالى بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة و هو الساعة التى يهل فيها الهلال بل مراده رأس الشهر عرفاً و عادة و هى الليلة التى يهل فيها الهلال مع يومها كما قال محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الأيمان فيمن حلف ليقضين دين فلان رأس الشهر فقضاه فى الليلة التى يهل فيها الهلال أو فى يومها لم يحنث استحساناً و قيل طريق فسخه ان يقول الفاسخ قبل مجىء الشهر فسخت الإجارة رأس الشهر فتنفسخ الإجارة إذا أهل الشهر إذ عقد الإجارة مضافاً يصح و كذا فسخه و ذكر الحاكم احمد السمرقندىؒ فى شروطه فى هذه المسألة لو عجل أجرة شهرين أو ثلاثة و قبض الأجرة ليس لأحدهما الفسخ فى قدر المعجل أجرته إذ التعجيل دلالة العقد فيما عجل (و إن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز و إن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فانه جائز و إن لم يبين قسط كل يوم) هاتان مسألتان لا يعلم فيهما خلاف كذا قاله الكاكىؒ قيل قال القدورىؒ فى شرحه لمختصر الكرخىؒ و قال الشافعى رحمه الله تعالى على القول الذى يجوز الإجارة أكثر من سنة لا يجوز حتى يبين حصة كل سنة قلت هذا الخلاف فيما إذا آجر داره سنين معلومة فانه يصح عندنا و إن لم يذكر قسط كل سنة (ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى) أى من الوقت الذى سمى بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلاً (و إن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذى استأجره لأن الأوقات كلها فى حق الإجارة على السواء) لذكر (١) الشهور منكورا و فى مثله يتعين الزمان الذى يتعقب السبب (فأشبه اليمين) كما إذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً تعين الشهر الذى وجد منه اليمين فيه لأن الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد و صحته بذلك لتعينه لعدم المزاحم (بخلاف الصوم) فانه إذا نذر أن يصوم شهرا لا يتعين الشهر الذى يتعقب نذره مالم يعينه لأن الأوقات كلها

---

(١) لذكر الشهور منكورا كذا فى العناية. أقول ليس ذلك التعليل بسديد أما أولاً فلأن المذكور فى المسئلة هو السنة دون الشهور و أما ثانياً فلأن المذكور فى مسئلة النذر بالصوم أيضا منكور مع أن الجواب مختلف و الصواب فى تعليل ذلك أن يقال لأن كل الأوقات محل للاجارة إذ لا منافاة بين الاجارة و بين وقت ما أصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين و هو الموافق لقول المصنفؒ بخلاف الصوم لأن الليالى ليس بمحل له تبصر كذا قاله قاضى زادهؒ فى النتائج.

**لأن الليالي ليست بمحل له ثم إن كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها هي الاصل و إن كان في أثناء الشهر**

ليست فيه على السواء (لأن الليالى ليست بمحل له) توضيحه ان الشروع فى الصوم لا يكون إلا بعزيمة منه و ربما لا يقترن ذلك بالسبب (ثم إن كان العقد) أى عقد الاجارة (حين يهل الهلال) بضم الياء و فتح الهاء على صيغة بناء المفعول أى حين يبصر الهلال اراد به اليوم الأول من الشهر كذا قاله الكاكى و قال الاترازى يجوز على صيغة المبنى للفاعل و على صيغة المبنى للمفعول جميعاً قال فى الجمهرة هلّ (١) الهلال و اهلّ و دفع الاصمعى هلّ و قال لا يقال إلا أهل و أهللنا نحن إذا رأينا الهلال و فسر بعضهم فى شرحه قوله حين يهل الهلال بقوله أراد به اليوم الأول من الشهر و فيه (٢) نظر لأنه ليس حين يهل الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر و هذا لأنه لا منافاة بين الاجارات و الأوقات بل الأيام و الليالى فيها سواء فلا حاجة إلى اعتبار المدة من أول أيام الشهر بل يعتبر من أول الشهر و هو ما قلنا قلت قال السغناقى أهلّ الهلال على مالم يسم فاعله و لم يقل غير هذا و كفي به حجة و كذا نص عليه تاج الشريعة فى شرحه (فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها) أى لأن الأهلة (هى الأصل) فى الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكناً لا يصار إلى غيره قال الله تعالى ﴿يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس﴾ و الأيام بدل عن الأهلة و إنما يصار إلى البدل إذا تعذر اعتبار الاصل و ههنا ممكن فكان له أن يسكنها إلى أن يهلّ الهلال من الشهر الداخل (و إن كان) أى العقد (فى أثناء الشهر) بأن وقعت الاجارة فى نصف الشهر أو بعد مضى

---

(١)هلّ الهلال الخ. و فى اللسان أَهَلَّ الرجل نظر إلى الهلال. و أهللنا هلال شهر كذا و استهللناه رأيناه. و أهللنا الشهر و استهللناه رأينا هلاله. المحكم و أَهَلَّ الشهر وَ اسْتَهَلَّ ظهر هلاله و تبيّن. و فى الصحاح و لا يقال أهلّ. قال ابن برى و قد قاله غيره؛ المحكم أيضا و هلّ الشهر و لا يقال أَهَلَّ. و هَلَّ الهلال و أَهَلَّ و أُهِلَّ وَ اسْتُهِلَّ على مالم يسمّ فاعله ظهر و العرب تقول عند ذلك الحمد لله إهلالَك إلى سرارك! ينصبون إهلالَك على الظرف و هى من المصادر التى تكون أحيانا لسعة الكلام كخفوق النجم. الليث تقول أُهِلَّ القمر و لا يقال أُهِلَّ الهلال؛ قال الأزهرى هذا غلط و كلام العرب أُهِلَّ الهلال. روى ابو عبيد عن ابى عمرو أُهِلَّ الهلال وَ اسْتُهِلَّ لا غير و روى عن ابن الأعرابى أُهِلَّ الهلال وَ اسْتُهِلَّ قال وَ اسْتَهَلَّ أيضا و شهر مُسْتَهَلٌّ و أنشد

و شهر مستهلّ بعد شهر و يوم بعده يوم جديد

(٢)و فيه نظر الخ. أقول نظره ساقط لأن صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله أى يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال و هو أول الليلة من الشهر قطعا و ليس مراده بقوله أراد به اليوم الأول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال إذ قد علم معناه من تفسير السابق قطعا بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال فى هذه المسئلة معناه الحقيقى و هو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفى و هو اليوم الأول من الشهر كذا فى النتائج.

**فالكل بالأيام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول بالأيام و الباقي بالأهلة لأن الأيام يصار إليها ضرورة و هي في الأول منها و له أنه متى تم الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة فهكذا إلى آخر السنة و نظيره العدة و قد مر في الطلاق قال و يجوز أخذ أجرة الحمام و الحجام**

أيام (فالكل بالأيام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) فيكون ثلاثمائة و ستين يوماً و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (و هو) أي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول) أي الشهر الأول (بالأيام و الباقي (١) بالاهلة) فيكون أحد عشر شهراً بالهلال و شهر بالأيام يكمل ما بقي من الشهر الأول من الشهر الاخير (لأن الأيام يصار إليها ضرورة و هي) أي الضرورة إلى اعتبار الشهر بالأيام (في الأول منها) أي في الشهر الأول من الشهور دون الباقي فلا يتعدى إلى غيره و به قال الشافعي في قول و احمد رحمهما الله تعالى في رواية (و له) أي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أي أن الشأن (متى تم الأول بالأيام) أي متى تم الشهر الأول بالأيام بالشهر الذي يليه (ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة) أي ابتدأ الشهر الثاني بالأيام أيضاً ضرورة تكميله لأنه سمي شهراً و تمامه لا يكون إلا ببعض الثاني (و هكذا إلى آخر السنة) أي هكذا يكون الحكم في الشهر الثالث و الرابع إلى آخر السنة فحينئذ يجب اعتبار العدد دون الأهلة ضرورة (و نظيره العدة) أي نظير هذا الاختلاف مسألة العدة من حيث الاعتبار بالشهور أو بالعدد (و قد مر في الطلاق) أي في أول كتاب الطلاق من الكتاب قال السغناقيّ هذا حوالة غير رابحة فان مثل هذا الاختلاف لم يمر في الطلاق و ما يتعلق به قال الإمام المحقق برهان السمرقنديّ غلط صاحب النهاية فإن الحوالة رابحة لأن المصنفّ ذكر في أول كتاب الطلاق ثم إن كان الطلاق في أول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة إلى قوله و في حق العدة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلى آخره (قال) أي القدوريّ (و يجوز أخذ أجرة الحمام و الحجام) خصهما بالذكر لأن لبعض الناس فيه خلافاً و في

(١) و الباقي بالأهلة الخ. و في الشامية فان آجر في عاشر ذي الحجة سنة فذو الحجة إن تم على ثلاثين يوما فالسنة تتم عند محمدٌ على عاشر ذي الحجة و إن تم على تسعة و عشرين فالسنة تتم على الحادي عشر من ذي الحجة فان قلت هلا يلزم أن يتكرر عيد الأضحى في سنة واحدة قلت نعم لكن في السنة التي قدرت بها مدة الاجارة لا في السنة المعروفة فالمحذور غير لازم (و هو اجتماع عيدي الأضحى في السنة المعروفة) و اللازم غير محذور (و هو اجتماع عيدي الأضحى في سنة الاجارة) اه.

**فأما الحمام فلتعارف الناس**

المبسوط (١) كره بعض العلماء غلة الحمام أخذاً بظاهر الحديث و قالوا الحمام بيت الشيطان و سماه رسول الله ﷺ شر بيت تكشف فيه العورات و تصب فيه الغسالات و النجاسات و منهم من فصل بين حمام الرجال و حمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء و قال (٢) القاضى الحنبلى رحمه الله تعالى عن أحمد رحمه الله تعالى أنه لا يباح أجر الحجام و ممن كره كسبه عثمان و أبو هريرة رضى الله تعالى عنهما و الحسن و النخعى رحمهما الله تعالى لقوله عليه الصلاة و السلام و كسب الحجام خبيث رواه (٣) مسلمٌ (فأما الحمام فلتعارف الناس) يعنى لجريان العرف بذلك

(١)المبسوط للسرخيّ ص١٥٦ ج١٥. (٢)قال القاضىّ الخ. قال العلام الموفق الحنبلى رحمه الله تعالى فى المغنى ص١٢١ ج٦ يجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه و أجره مباح و هذا اختيار أبى الخطاب و هذا قول ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال أنا آكله و به قال عكرمة و القاسم و أبو جعفر و محمد بن على بن الحسين و ربيعة و يحيى الأنصارى و مالك و الشافعى و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى. و قال القاضىّ لا يباح أجر الحجام و ذكر أن أحمد رحمه الله تعالى نص عليه فى مواضع و قال لو أعطى شيئا من غير عقد و لا شرط فله أخذه و يصرفه فى علف دوابه و طعمة عبيده و مؤنة صناعته و لا يحل له أكله و ممن كره كسب الحجام عثمان و أبوهريرة رضى الله تعالى عنهما و الحسن و النخعى رحمهما الله تعالى و ذلك لأن النبى ﷺ قال "كسب الحجام خبيث" رواه مسلم. و قال "أطعمه ناضحك و رقيقك" و لنا ما روى ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال احتجم النبى ﷺ و أعطى الحجام أجره و لو علمه حراما لم يعطه متفق عليه و فى لفظ "لو علمه خبيثا لم يعطه". و لأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فجاز الاستيجار عليها كالبناء و الخياطة و لأن بالناس حاجة إليها و لا نجد كل أحد متبرعا بها فجاز الاستيجار عليها كالرضاع و قول النبى ﷺ فى كسب الحجام "أطعمه رقيقك" دليل على إباحته إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله لقوله ﷺ "أطعموهم مما تطعمون و اكسوهم مما تكسون" فإن الرقيق آدميون يحرم عليهم ما حرم الله تعالى كما يحرم على الأحرار و تخصيص ذلك بما أعطيه من غير إستئجار تحكم لا دليل عليه. و تسميته كسبا خبيثا لا يلزم منه التحريم فقد سمى النبى ﷺ الثوم و البصل خبيثين مع إباحتهما أو إنما كره النبى ﷺ ذلك للحر تنزيها لدناءة هذه الصناعة و ليس عن أحمد رحمه الله تعالى نص فى تحريم كسب الحجام و لا الإستئجار عليها و إنما قال نحن نعطيه كما أعطى النبى ﷺ و نقول له كما قال النبى ﷺ لما سئل عن أكله نهاه و قال "أعلفه الناضح و الرقيق" و هذا معنى كلامه فى جميع الروايات و ليس هذا صريحا فى تحريمه بل فيه دليل على إباحته كما فى قول النبى ﷺ و فعله على ما بينا أن إعطاءه دليل على إباحته إذ لا يعطيه ما يحرم عليه و هو عليه الصلاة و السلام يعلم الناس و ينهاهم عن المحرمات فكيف يعطيهم إياها و يمنعهم منها؟ و أمره بإطعام الرقيق دليل على الإباحة فيتعين حمل نهيه عن أكلها على الكراهة (تنزيها) دون التحريم و كذلك قول الإمام أحمد رحمه الله تعالى و كذلك سائر من كرهه من الأئمة يتعين حمل كلامهم على هذا و لا يكون فى المسألة قائل بالتحريم و إذا ثبت هذا فإنه يكره للحر أكل كسب الحجام و يكره تعلم صناعة الحجام و إجارة نفسه لها لما فيها من الأخبار و لأن فيها دناءة فكره الدخول فيها كالكسح و على هذا يحمل قول الأئمة الذين ذكرنا عنهم الكراهة جمعا بين الأخبار الواردة فيها و توفيقا بين الأدلة الدالة عليها. (٣)رواه مسلمٌ فى البيوع باب تحريم ثمن الكلب الخ ص١٩ ج٢ عن رافع بن خديج رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال ثمن الكلب خبيث و مهر البغى خبيث و كسب الحجام خبيث.

و لم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين قال عليه الصلاة و السلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و أما الحجام فلما روى أنه عليه الصلاة و السلام احتجم و أعطى الحجام الأجرة

---

بين الناس خصوصاً فى ديار الترك (فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين) هذا إشارة إلى جواب الاستحسان لأن القياس عدم الجواز للجهالة فقال فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين على ذلك (قال عليه الصلاة و السلام) أى قال النبى ﷺ (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) ذكر هذا دليلا على أن المسلمين إذا أجمعوا على أمر يكون هذا مقبولاً لأن كل ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و لكن رفع هذا الحديث إلى النبى ﷺ غير صحيح و إنما هو موقوف على ابن مسعود رضى الله عنه رواه (١) أحمد رحمه الله تعالى فى مسنده حدثنا أبوبكر بن عياش حدثنا عاصم عن زر بن حبيش عن عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنهما قال إن الله نظر فى قلوب العباد بعد قلب محمد ﷺ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و ما رأوه سيئاً فهو عندالله سيء و رواه البزارؒ فى مسنده و البيهقىؒ فى كتاب المدخل و رواه أيضاً أبو داود الطيالسىؒ فى مسنده حدثنا المسعودى عن عاصم عن أبى وائل عن عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنهم فذكره إلا أنه قال عوض سيء قبيح و من طريق أبى داود رواه أبو نعيمؒ فى الحلية فى ترجمة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و البيهقىؒ فى كتاب الاعتقاد و الطبرانىؒ فى معجمه قال ابن عبد الهادىؒ فى الكلام على أحاديث المختصر و قد أخطأ بعضهم فرفعه ثم قال و قد روى مرفوعاً من حديث أنس رضى الله تعالى عنه لكن إسناده ساقط (و أما الحجام فلما روى أنه عليه الصلاة و السلام) أى أن النبى ﷺ (احتجم و أعطى الحجام الأجرة) أخرجه (٢) البخارى و مسلم رحمهما الله تعالى عن طاووس عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال احتجم النبى ﷺ

---

(١) رواه احمدؒ الخ. قال الحافظ ابن حجرؒ فى الدراية إسناده حسن اه. قال الفقيه العثمانىؒ فى الاعلاء و الاحسن أن يستدل لجواز أجرة الحمام بأن الحمامات كانوا فى زمن النبى ﷺ و الناس يدخلونها فلم ينكر عليهم غير كشف العورة فدل ذلك على جواز أجرة الحمامات من حيث التقرير ثم المراد من المسلمين فى قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه هم الصحابة رضى الله تعالى عنهم و يلحق بهم من ضاهاهم فى العلم و العمل فلا يتم احتجاج البدعة على بدعاتهم بأثر ابن مسعود رضى الله تعالى عنه لأن الذين رأوا هذه البدعات حسنة ليسوا من الصحابة رضى الله تعالى عنهم و لا من الذين لحقوا بهم من حيث العلم و العمل اه. (٢) أخرجه البخارىؒ فى الاجارات باب خراج الحجام ص٣٠٤ ج١ و فى البيوع باب ذكر الحجام ص٢٨٣ ج١ و مسلمؒ فى البيوع باب حل أجرة الحجامة ص٢٢ ج٢. أقول و فى الباب احاديث أخرى منها ما رواه البخارىؒ فى البيوع باب ذكر =

و لأنه إستئجار علي عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً

و أعطى الحجام أجره زاد البخاريّ في لفظ و لو كان حراماً لم يعطه و في لفظ و لو علم كراهية لم يعطه و لمسلمٍ و لو كان سحتاً لم يعطه و الاحاديث التي وردت في تحريمه منسوخة (و لأنه) أي و لأن الاستحجام (إستئجار علي عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً) كما في سائر الاجارات

=> الحجام ص٢٨٣ ج١ عن انس بن مالك رضى الله تعالى عنه قال حجم ابو طيبة رضى الله تعالى عنه رسول الله ﷺ فأمر له بصاع من تمر و أمر أهله أن يخففوا من خراجه و رواه مسلمٌ في البيوع باب حل أجرة الحجامة ص٢٢ ج٢ و منها رواه ما أبو يعليّ عن جابر رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ احتجم في الإخدعين و بين الكتفين و أعطى الحجام أجره و لو كان حراما لم يعطه و في إسناده جبارة بن مفلس وثقه ابن نميرٌ و ضعفه الأئمة رحمهم الله تعالى كذا في مجمع الزوائد (ص٩٤ ج٤) و منها ما رواه الطحاويّ في الاجارات باب الجعل على الحجامة هل يطيب للحجام أم لا ص٢٤٨ ج٢ عن جابر رضى الله تعالىٰ عنه أن النبى ﷺ قد قال في كسب الحجام اعلفه الناضح أو قال اعلف ذلك ناضحك و سنده صحيح و قال الطحاويّ أيضا حدثنا يونس ثنا عبدالله بن يوسف ثنا الليث قال حدثني ربيعة بن ابى عبدالرحمن الرائى أن الحجامين قد كان لهم سوق على عهد عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه و هذا مرسل صحيح و قال الطحاويّ أيضا حدثنا يونس ثنا عبدالله بن يوسف ثنا الليث أنه قال و قد أخبرني يحى بن سعيد الأنصاريّ أن المسلمين لم يزالوا مقرين بأجر الحجامة و لا ينكرونها و هذا سند صحيح. و قال العلامة العثمانيّ في الاعلاء باب كسب الحجام ص١٦١ جج١٦. أقول اختلف العلماء فيه فذهب قوم إلى جوازه. و احتجوا بأحاديث الباب. و ذهب الآخرون إلى منعه و احتجوا بما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عنه و سماه سحتا و خبيثا و أجاب عنه المجوزون بأن النهى عنه ليس لحرمته بل للدناءة و الخبث محمول على الخبث الطبعي لا الشرعي و كذا السحت. قال في "القاموس" السحت بالضم و بضمتين الحرام أو ما خبث من المكاسب فلزم منه العار اه. و يدل عليه أنه ﷺ نهى محيصة بن مسعود عن كسب عبده الحجام أشد النهى. ثم لما بالغه في السؤال قال "أعلفه ناضحك أو أطعمه رقيقك". رواه أحمد و أبو داود و الترمذى و قال حسن و روى أحمد نحوه عن جابر. فلو كان حراما لم يبح رسول الله ﷺ الانتفاع به. و قد يناقش فيه بأنه الكسب الحرام ليس مما يحرم الانتفاع به مطلقا لأن سبيله التصدق فكيف يدل قوله "أعلفه ناضحك أو رقيقك" على الجواز؟ قلنا وجه الاستدلال أنه ﷺ أطلق له في كسب غلامه الحجام في المستقبل و بين له مصرفه. فلو كان حراما لم يطلق له في الكسب فيما بعد فاندفع المناقشة. و أيضا فالذى سبيله التصدق يجب التصدق به على الفقراء و لا يجوز صرفه إلى ناضحه و لا رقيقه لأنه كالإنفاق على نفسه. و يؤيد الإباحة أن الحجم فعل مباح و ليس بواجب على الحجام فيجب أن يطيب أجره كسائر المباحات. و ليس هذا بقياس في مقابلة النص لأن النص لا يدل على الحرمة كما عرفت. فالقياس ليس لترك النص بل لصرفه عن الظاهر و بهذا التقرير اندفع شبهة أخرى و هي أنا لا نسلم أن ما أعطاه رسول الله ﷺ أبا طيبة كان أجرة لعمله لم لا يجوز أن يكون تبرعا من رسول الله ﷺ كما كان شفاعته إلى سيده في تخفيف ضريبته؟ ووجه الاندفاع أنه لما تعارض النصان من حيث الظاهر و من حيث التأويل رجعنا إلى القياس و القياس يجوزه فحكمنا بالجواز و أولنا النصين بتأويل موافق للقياس. و حكمنا بأن النهى للتنزيه و ما أعطاه أبا طيبة كان بحسب الأجرة فتطابق النصوص فيها و وافق القياس و ارتفع القيل و القال و الله أعلم بحقيقة الحال.

**قال و لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس و هو أن يواجر فحلاً لينزو على الإناث لقوله عليه الصلاة و السلام إن من السحت عسب التيس**

الصحيحة (قال) أى القدورىؒ (و لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس و هو أن يواجر فحلاً لينزو على الإناث) عسب (١) الفحل ضرابه يقال عسب الفحل الناقة يعسبها عسباً من باب فعل يفعل بالفتح فى الماضى و الكسر فى الغابر و فسره المصنفؒ بقوله و هو أن يواجر إلى آخره و هذا بلا خلاف بين الائمة الأربعة رحمهم الله تعالى و خرج أبو الخطاب الحنبلى و بعض أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى وجها فى جوازه لأنه انتفاع مباح و الحاجة تدعو إليه فيجوز كاجارة الظئر للإرضاع و البئر للسقى و حجة الجمهور الحديث أشار إليه بقوله (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (إن من السحت عسب التيس) هذا الحديث صحيح و لكن بغير هذا اللفظ أخرجه (٢) البخارى و أبو داود و

(١)عسب الفحل الخ. قال العلامة العينىؒ فى غمدة القارى ص١٠٤ ج١٢ قد اختلف أهل اللغة فى العسب هل هو الضراب أو الكراء الذى يؤخذ عليه أو مآء الفحل فحكى ابو عبيدؒ عن الاموىؒ أنه الكراء الذى يؤخذ على ضراب الفحل و به صدر الجوهرىؒ كلامه فى الصحاح ثم قال و عسب الفحل أيضا ضرابه و يقال ماؤه و صدر صاحب المحكمؒ كلامه بأن العسب ضراب الفحل ثم قال عسب الرجل يعسبه عسبا أعطاه و قال ابو عبيدؒ العسب فى الحديث الكراء و الأصل فيه الضراب قال و العرب تسمى الشىء باسم غيره إذا كان معه أو من سببه كما قالوا للمزادة راوية و الراوية البعير الذى يستقى عليه قال شيخناؒ و يدل على ما قاله ابو عبيدؒ رواية الشافعىؒ نهى عن ثمن بيع عسب الفحل و قال الرافعىؒ المشهور فى الفقهيات إن العسب الضراب و قال الغزالىؒ هو النطفة و قال صاحب الافعال عسب الرجل عسبا اكرى منه فحلا ينزيه و قال ابو علىؒ و لا يتصرف منه فعل يقال قطع الله عسبه أى ماءه و نسله و نقل ابن التينؒ عن اصحاب مالكؒ ان معنى عسب الفحل ان يتعدى عليه بغير أجر و قالوا ليس بمعقول أن يسمى الكراء عسبا اه.

(٢)أخرجه البخارىؒ فى الاجارات باب عسب الفحل ص٣٠٥ ج١ و ابو داودؒ فى الاجارة باب فى عسب الفحل ص١٣٠ ج٢ و الترمذىؒ فى البيوع باب ما جآء فى كراهية عسب الفحل ص١٥٣ ج١ و النسائىؒ فيه (باب) بيع ضراب الجمل ص٢٣١ ج٢. قال الحافظ العينىؒ فى العمدة ص١٠٥ ج١٢ تحت هذا الحديث احتج به من حرم بيع عسب الفحل و إجارته و هو قول جماعة من الصحابة منهم على و أبو هريرة رضى الله تعالى عنهما و هو قول اكثر الفقهاء كما حكى عنهم الخطابى و هو قول الأوزاعى و ابى حنيفة و الشافعى و احمد رحمهم الله تعالى و جزم أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى بتحريم البيع لأن مآء الفحل غير متقوم و لا معلوم و لا مقدور على تسليمه و حكوا فى إجارته وجهين أصحهما المنع و ذهب ابن ابى هريرةؒ إلى جواز الاجارة عليه و هو قول مالكؒ و إنما يجوز عندهم إذا استأجره على نزوات معلومة و على مدة معلومة فإن آجره على الطرق متى يحمل لم يصح و رخص فيه الحسن و ابن سيرين. و قال عطاء لا بأس به إذا لم يجد بطرقه. و قال ابن بطال اختلف العلماء فى تأويل هذا الحديث فكرهت طائفة أن يستأجر الفحل لينزيه مدة معلومة و ذلك عن أبى سعيد و البراء رضى الله تعالى عنهما و ذهب الكوفيون و الشافعى و أبو ثور رحمهم الله تعالى إلى أنه لا يجوز و احتجوا بحديث الباب. و روى الترمذى من حديث أنس رضى الله تعالى عنه أن رجلا من كلاب سأل رسول الله ﷺ عن عسب الفحل فنهاه. فقال يا رسول الله! إنا نطرق الفحل =>

و المراد أخذ الأجرة عليه قال و لا الإستئجار على الأذان و الحج

الترمذي و النسائي عن علي بن الحكم عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل و وهم الحاكم حيث قال بعد إخراجه انه على شرط البخاري و لم يخرجاه و أعجب منه أن المنذري عزاه في مختصره للترمذي و النسائي و لم يعزه للبخاري وأخرج (٣) البزار في مسنده عن أشعث بن سوار عن ابن سيرين عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب و عسب التيس (و المراد أخذ الأجرة عليه) أي على عسب التيس أشار به إلى تفسير الحديث فان نفس العسب ليس من السحت و إنما المراد أخذ الأجرة عليه فالمضاف محذوف تقديره إن من السحت كراء عسب التيس (قال) أي القدوري (و لا الإستئجار) أي و لا يجوز الإستئجار (على الأذان و الحج) و به قال احمد و هو قول عطاء و

=> فنكرم فرخص في الكرامة ثم قال حسن غريب و فيه جواز قبول الكرامة على عسب الفحل و ان حرم بيعه و إجارته و به صرح أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى. و قال الرافعي و يجوز أن يعطى صاحب الأنثى صاحب الفحل شيئا على سبيل الهدية خلافا لأحمد اه. و قد حكى ما ذهب إليه أحمد من غير واحد من الصحابة و التابعين ثم نقل كلامهم ثم قال ثم الحكمة في كراهية إجارته عند من يمنعها أنها ليست من مكارم الأخلاق اه ما في العمدة و قال العثماني في الاعلاء ص١٦٩ ج١٦. أقول يرد عليه كسب الحجام فإنه أيضا ليس من مكارم الأخلاق و أيضا يرد عليه بيع الكلاب فإنه أيضا ليس من مكارم الأخلاق لأنه قال رسول الله ﷺ فيه "إنها طعمة جاهلية" فلا يصح هذا التعليل و علله في "رد المحتار" بأنه عمل غير مقدور عليه و هو الإحبال و هذا يصح لو جعل المعقود عليه هو الإحبال و إن جعل المعقود عليه نفس الضراب كما هو المتعارف فلا و الدليل على كون الضراب معقودا عليه أنه لو ظهر عدم الحبل لا يرجع المستأجر على المؤجر بشيء فالصحيح في التعليل أن يقال إن الضراب أيضا غير مقدور عليه لأنه مبني على نشاط الفحل و رغبته و وهو غير مقدور ثم هو مجهول لا يدرى كم ينزء؟ و هل يحصل به مقصود الإحبال أم لا؟ فيكون الجهالة مفضية إلى النزاع و علله في "تكملة البحر" بكونه غير متعارف. و قال في "البدائع" و على هذا يخرج ما ذكرنا أيضا من إستئجار الفحل للإنزاء إستئجار الكلب المعلم و الباز المعلم للاصطياد و أنه لا يجوز لأن المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفاء إذ لا يمكن إجبار الفحل على الضراب و الإنزال و لا إجبار الكلب و الباز على الاصطياد فلم تكن المنفعة التي هي معقود عليها مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر فلم تجز اهـ و هو صريح فيما قلنا. (٣)أخرج البزار الخ. أقول و أخرجه النسائي في البيوع (باب) بيع ضراب الجمل ص٢٣١ ج٢ و ابن ماجة في التجارات من رواية الاعمش عن أبي حازم عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب و عسب الفحل. و في الباب عن انس رضي الله تعالى عنه رواه ابن ابي حاتم في العلل و النسائي في الباب المذكور و عن ابي سعيد رضي الله تعالى عنه أخرجه النسائي في الباب المذكور و عن جابر رضي الله تعالى عنه أخرجه النسائي في الباب المذكور و مسلم (في المساقاة باب تحريم بيع فضل المآء الخ ص١٨ ج٢) من حديث ابي الزبير أنه سمع جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه يقول نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل و عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أخرجه عبدالله بن احمد في زوائده على المسند هذا ملخص ما في العمدة.

و كذا الإمامة و تعليم القرآن و الفقه و الأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الإستئجار عليه (١) عندنا و عند الشافعيّ يصح فى كل ما لا يتعين على الأجير لأنه إستئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز و لنا قوله عليه الصلاة و السلام

---

الضحاك و الزهرى و الحسن و ابن سيرين و طاووس و النخعى و الشعبى رحمهم الله تعالى و فى حاوى الحنابلة و لا يصح الإستئجار على الاذان و الاقامة و الإمامة و تعليم القرآن و الفقه و النيابة فى الحج و عنه يصح و يباح أجره كما لو آجره و أعطى لذلك شيئاً بلا شرط و كالرزق من بيت المال لمن نفعه منهم متعد و كالرقية و قيل يجوز على تعليم الفقه و الحديث و الفرائض فقط و يجوز إجارة كتب العلم المباح للقراءة و النسخ و فى صحة إجارة المصحف وجهان و يباح نسخه باجزة انتهى (و كذا الإمامة و تعليم القرآن و الفقه) أى و كذا لا يجوز الاستيجار على الامامة و تعليم القرآن و الفقه قال الاترازىّ خلافاً للشافعىّ و قال الحاكمّ فى الكافى و لا يجوز أن يستأجر رجل رجلاً أن يعلم ولده القرآن و الفقه و الفرائض أو يؤمهم فى رمضان أو يؤذن و فى خلاصة الفتاوى ناقلا عن الأصل لا يجوز الإستئجار على الطاعات كتعليم القرآن و الفقه و الاذان و التذكير و التدريس و الحج و الغزو يعنى لا يجب الأجر و عند أهل المدينة يجوز و به أخذ الشافعى و نصير و عصام و أبو نصر و الفقية أبو الليث رحمهم الله تعالى ثم قال فى الخلاصة و الحيلة أن يستأجر المعلم مدة معلومة ثم يأمره بالتعليم قيد بالفقه لأنه يجوز الإستئجار لأجل قراءة العلوم الأدبية كاللغة و النحو و التصريف و نحوها و العلوم الحكمية كالطب و المعقول و نحوهما (و الأصل) أى الأصل الذى بنى عليه حرمة الإستئجار على هذه الأشياء (أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الإستئجار عليها عندنا) لأن هذه الأشياء طاعة و قربة تقع عن العامل قال الله تعالى ﴿و أن (٢) ليس للإنسان إلا ما سعى﴾ فلا يجوز أخذ الأجرة من غيره كالصوم و الصلاة قيد بقوله يختص بها المسلم يعنى يختص بملة الإسلام لأنه إذا لم يختص بها فيجوز كما إذا استأجر مسلم ذمياً على تعليم التوراة يجوز لأن تعليمها لا يختص بملة الإسلام (و عند الشافعىّ يصح فى كل ما لا يتعين على الأجير لأنه إستئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز) و به قال مالك و أحمد فى رواية و ابو ثور و أبو قلابة رحمهم الله تعالى قيد بقوله ما لا يتعين فانه إذا تعين بأن كان الامام أو المفتى واحدا لا يجوز استيجاره بالاجماع (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ

---

(١)عليه.ن.عليها. (٢)و أن ليس الآية النجم: ٣٩

## اقرؤوا القرآن و لا تأكلوا به

(اقرؤوا القرآن و لا تأكلوا به) أخرجه (١) أحمدؒ في مسنده عن أبي راشد الحبراني عن عبدالرحمن بن شبلؓ قال سمعت رسول الله ﷺ يقول اقرؤوا القرآن و لا تغلوا فيه و لا تجفوا عنه و لا تأكلوا به و لا تستكثروا به و رواه (٢) اسحاق بن راهويهؒ في مسنده و ابن أبي شيبةؒ في مصنفه و عبدالرزاقؒ في مصنفه و من طريق عبدالرزاقؒ روى عبد بن حميد و أبو يعلى الموصلي و الطبراني رحمهم الله تعالى في مسانيدهم و روى هذا الحديث عن عبدالرحمن بن عوف و أبي هريرة رضي الله عنهما أما حديث (٣) عبدالرحمن رضي الله تعالى عنه فأخرجه البزارؒ في مسنده عن حماد بن يحي عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة بن عبدالرحمن عن أبيه عبدالرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه مرفوعاً نحوه سواء و أما (٤) حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه فأخرجه ابن عديؒ في الكامل عن الضحاك بن نبراس البصري عن يحيى بن

(١)أخرجه احمدؒ في مسند عبدالرحمن بن شبل رضي الله تعالى عنه ص٤٧٢ ج٤. (٢)رواه اسحاق بن راهويهؒ الخ. كذا في نصب الراية ص١٣٦ ج٤. (٣)أما حديث عبدالرحمن رضي الله تعالى عنه الخ. كذا في نصب الراية. (٤)أما حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه الخ. كذا في نصب الراية. أقول و في الباب احاديث أخرى منها ما رواه ابو داودؒ (في البيوع باب في كسب المعلم ص١٢٨ ج٢) من حديث مغيرة بن زياد عن عبادة بن نسيّ عن الاسود بن ثعلبة عن عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه قال علّمت ناسا من أهل الصفة القرآن و الكتاب فاهدى إليّ رجل منهم قوسا فقلت ليست بمال و أرمي عليها في سبيل الله لآتين رسول الله ﷺ فلأسئلنّه فأتيته فقلت يا رسول الله رجل أهدى إليّ قوسا ممن كنت أعلّمه الكتب و القرآن و ليست بمال و أرمي عنها في سبيل الله تعالى قال إن كنت تحبّ أن تطوّق طوقا من نار فاقبلها و رواه ابن ماجةؒ (في التجارات باب الأجر على تعليم القرآن ص١٥٦) و الحاكمؒ في المستدرك و قال صحيح الاسناد و لم يخرجاه و أخرجه ابو داودؒ من طريق آخر من حديث جنادة بن ابي امية عن عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه قال كان النبي ﷺ إذا قدم الرجل مهاجرا دفعه إلى رجل منا يعلّمه القرآن فدفع إليّ رجلا كان معي و كنت أقرئه القرآن فانصرفت يوما إلى أهلي فراى أن عليه حقا فأهدى إليّ قوسا ما رأيت اجود منها عودا و لا احسن منها عطاء فاتيت رسول الله ﷺ فاستفتيته فقال جمرة بين كتفيك تقلدتها أو تعلقتها و أخرجه الحاكمؒ في كتاب الفضائل عن ابي المغيرة عبدالقدوس بن الحجاج عن بشر بن عبدالله بن يسار به سندا و متنا و قال حديث صحيح الاسناد و لم يخرجاه و منها ما رواه ابن ماجةؒ (في التجارات باب الأجر على تعليم القرآن ص١٥٦) من حديث عطية الكلاعي عن ابي بن كعب رضي الله تعالى عنه قال علمت رجلا القرآن فاهدى إليّ قوسا فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال ان أخذتها أخذت قوسا من نار فرددتها و منها ما رواه عثمان بن سعيد الدارميؒ من حديث ام الدرداء عن ابي الدرداء رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال من أخذ قوسا على تعليم القرآن قلده الله قوسا من نار و منها ما رواه البيهقيؒ في شعب الايمان من حديث سليمان بن بريدة عن ابيه رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من قرأ القرآن يأكل به الناس جآء يوم القيامة و وجهه عظم ليس عليه لحم و منها ما رواه الترمذيؒ (في فضائل القرآن ص١١٥ ج٢) من حديث عمران بن حصين رضي الله تعالى عنه أنه مر على قارىء يقرأ ثم سأل فاسترجع ثم قال سمعت رسول الله ﷺ يقول =>

**و في آخر ما عهد رسول الله ﷺ إلى عثمان بن أبي العاص رضى الله تعالى عنه و إن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً**

---

أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ نحوه سواء و اسند عن ابن معينؒ انه قال في الضحاك بن نبراس هذا ليس بشيء و عن النسائيؒ قال متروك الحديث قوله و لا تأكلوا به أى بالقرآن مثل أن يستأجر رجلا يقرأ على رأس قبر قيل هذه القراءة لا يستحق بها الثواب لا للميت و لا للقارىء قاله تاج الشريعةؒ (و في آخر ما عهد رسول الله ﷺ إلى عثمان بن أبي العاص رضى الله تعالى عنه و إن اتخذت مؤذوناً فلا تأخذ على الأذان أجرا) هذا الحديث أخرجه (١) أصحاب السنن الاربعةؒ بطرق مختلفة فأبو داودؒ و النسائيؒ عن حماد ابن سلمة عن سعيد الجريرى عن أبي العلاء عن مطرف بن عبدالله عن عثمان بن أبي العاص رضى الله تعالى عنه قال قلت يا رسول الله إجعلنى إمام قومى قال أنت إمامهم و اقتد بأضعفهم و اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجرا و كذلك رواه أحمدؒ في مسنده و الحاكمؒ في المستدرك و قال على شرط مسلمؒ و أخرجه الترمذيؒ و ابن ماجةؒ عن اشعث بن سوار عن الحسن عن عثمان بن أبي العاص رضى الله تعالى عنه قال إن من آخرما عهد إليّ رسول الله ﷺ ان اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً قال الترمذى رحمه الله تعالى حديث حسن و أخرج (٢) البخارى في تاريخه عن شبابة بن سوار حدثنى المغيرة بن مسلم عن سعيد بن طهمان القطيعي عن مغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنه قال قلت يا رسول الله اجعلنى إمام قومى قال قد فعلت ثم قال صل بصلاة أضعف القوم و لا تتخذ مؤذناً يأخذ على الأذان أجراً قوله عهد معناه أوصى يقال عهدت أى أوصيت قال الله تعالى ﴿ ألم أعهد (٣) اليكم﴾

---

=> من قرأ القرآن فليسأل الله به فانه سيجيء أقوام يقرؤن القرآن يسألون به الناس (و قال هذا حديث حسن) و ذكر ابن بطالؒ من حديث حماد بن سلمة عن ابى جرهم عن ابى هريرة رضى الله تعالى عنه قلت يا رسول الله ما تقول فى المعلمين قال أجرهم حرام و ذكر ابن الجوزيؒ من حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه مرفوعا لا تستأجروا المعلمين و هذا غير صحيح و فى اسناده احمد بن عبدالله الهروى قال ابن الجوزيؒ دجال يضع الحديث و وافقه صاحب التنقيحؒ و هذه الاحاديث و إن كان فى بعضها مقال لكنها يؤكد بعضها بعضا و لا سيما حديث القوس فانه صحيح كما ذكرنا و إذا تعارض نصان أحدهما مبيح و الآخر محرم يدل على النسخ انتهى ما فى العمدة ص٩٦ ج١٢. (١)أخرجه أصحاب السنن الاربعةؒ الخ. فأخرجه ابو داودؒ فى الصلاة باب أخذ الأجر على التأذين ص٨٦ ج١ و النسائيؒ فى الأذان (باب) اتخاذ المؤذن الذى لا يأخذ على أذانه اجرا ص١٠٩ ج١ و الترمذيؒ فى الصلاة باب ما جآء فى كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجرا ص٢٩ ج١ و ابن ماجةؒ فيه باب السنة فى الأذان ص٥٢. (٢)أخرج البخاريؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص١٤٠ ج٤. (٣)ألم أعهد الآية. يس٦٠.

**و لأن القربة متى حصلت و قعت عن العامل و لهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم و الصلاة و لأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه**

و قال تعالى ﴿و لاينال (١) عهدى الظالمين﴾ فان قلت استدل الشافعي رحمه الله تعالى بما روى (٢) البخاريّ عن ابن ابى مليكة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن نفراً من أصحاب رسول الله ﷺ مرّوا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال هل فيكم من راق إن في الماء رجلا لديغا أو سليما فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاء فبرأ فجاء بالشاء إلى أصحابه فكرهوا ذلك و قالوا أخذت على كتاب الله أجرا حتى قدموا المدينة فقالوا يا رسول الله أخذ على كتاب الله أجرا فقال رسول الله ﷺ إن أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله قلت أجاب (٣) ابن الجوزيّ ناقلا عن أصحابه عن هذا الحديث بثلاثة أجوبة أحدها أن القوم كانوا كفاراً فجاز أخذ أموالهم و الثاني أن حق الضيف واجب و لم يضيفوهم و الثالث أن الرقية ليست بقربة محضة فجاز أخذ الأجرة عليها و قال القرطبيّ فى شرح مسلم و لا نسلم أن جواز أخذ الأجر فى الرقى يدل على جواز التعليم بالأجر و الحديث إنما هو فى الرقية (و لأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل لهذا تعتبر أهليته) أى أهلية العامل و يعتبر نيته لا نية الآمر و لو انتقل فعل المأمور إلى الآمر يشترط نية الآمر و أهليته كما فى الزكاة فان ثمة يشترط نية الآمر و أهليته حتى لو كان المأمور كافراً يصح أداء الزكاة لأن المؤدى هو الآمر و ههنا بخلافه فعلم به أن المؤدى هو المأمور (فلا يجوز له) أى للعامل (أخذ الأجر من غيره كما فى الصوم و الصلاة) أى كما لا يجوز الإستئجار و أخذ الأجر فى الصوم و الصلاة بلا خلاف (و لأن التعليم مما لا يقدر المعلم) بكسر اللام (عليه) أى على التعليم

(١) لا ينال الآية. البقرة ١٢٤. (٢) روى البخاريّ فى الطب باب الشرط فى الرقية بقطيع من الغنم ص٨٥٤ ج٢.
(٣) أجاب ابن الجوزيّ الخ. كذا فى عمدة القارى ص٩٦ ج١٢. و فيه أيضا و قال بعض أصحابنا و معنى قوله ﷺ "ان احق ما اخذتم عليه أجرا كتاب الله" يعنى إذا رقيتم به و حمل بعض من منع اخذ الأجر على تعليم القرآن الأجر فى الحديث المذكور على الثواب و بعضهم ادعوا أنه منسوخ بالاحاديث المذكورة التى فيها الوعيد و اعترض عليه بعضهم بأنه إثبات النسخ بالاحتمال و هو مردود قلت منع هذا بدعوى الاحتمال مردود و من الذى قال هذا الحديث يحتمل النسخ بل الذى ادعى النسخ إنما قال هذا الحديث يحتمل الاباحة و الاحاديث المذكورة تمنع الاباحة قطعا و النسخ هو الحظر بعد الاباحة لأن الاباحة أصل فى كل شيء فاذا طرأ الحظر يدل على النسخ بلا شك و قال بعضهم الاحاديث المذكورة ليس فيها ما تقوم به الحجة فلا تعارض الاحاديث الصحيحة قلت لا نسلم عدم قيام الحجة فيها فان حديث القوس صحيح و فيه الوعيد الشديد و قال الطحاويّ و يجوز الأجر على الرقى و إن كان يدخل فى بعضه القرآن لأنه ليس على الناس أن يرقى بعضهم بعضا و تعليم الناس بعضهم بعضا القرآن واجب لأن فى ذلك التبليغ عن الله تعالى.

إلا بمعني من قبل المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح و بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى استحسنوا الإستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه (١) ظهر التواني في الأمور الدينية ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن و عليه الفتوى

---

(إلا بمعنى من قبل المتعلم) لأن المعلم يلقن الصبي و هو يتلقن بفهمه الثاقب و يتعلم بذهنه الرائق و لهذا يتفاوت الصبيان في التعليم و ان كان التعليم واحداً و في بعض النسخ من قبل المعلم بفتح اللام المشدودة (فيكون) أي المعلم الذي يوجر نفسه لتعليم القرآن (ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) و التسليم شرط في الإجارة فيفسد بعدمه و قوله ما لا يقدر مفعول لقوله ملتزماً و الفاء في فلا يصح فاء النتيجة (و بعض (٢) مشايخنا رحمهم الله تعالى) و هم ائمة بلخ رحمهم الله تعالى (استحسنوا الإستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني) أي الفتور و الكسل (في الأمور الدينية ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن) لأن المتقدمين منعوا ذلك لرغبة الناس في التعليم حسبة و مروءة المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان بلا شرط و قد زال ذلك في هذا الزمان ففي الامتناع عنه تضييع حفظ القرآن و قد يتغير الجواب باختلاف الزمان فيفتى بذلك إذا ضربوا مدة لذلك حتى يجبر الأب على دفع الأجر إلى المعلم و إن لم تضرب المدة يجب أجر المثل و يجبر على دفعه و كذا يجبر على دفع الحلوة المرسومة و قال الإمام الخيزاخزيّ في زماننا يجوز للإمام و المؤذن و المعلم أخذ الأجر كذا في الروضة و الذخيرة و الخيزاخزي بفتح الخاء المعجمة و سكون الياء بإثنتين من تحتها و فتح الزاي المعجمة و سكون الالف و فتح الخاء الثانية و كسر الزاي الثانية نسبة إلي قرية خيزاخز من قرى بخارى و اسمه عبدالله بن الفضل كان مفتي بخارى و لم يقع لي تاريخ وفاته (و عليه (٣) الفتوى) أي على استحسان مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى الفتوى قال

---

(١)لأنه ظهر. ن. لظهور. (٢)بعض مشايخنا استحسنوا الخ. و في تكملة الطوري قال ابن قاضي زاده أقول و فيما ذكروا من وجه الاستحسان نظر قوي بيان ذلك هو أن مقتضى الدليل الأول أنه لا يمكن تحقق ماهية الاجارة و هي تمليك المنافع بعوض في الإستئجار على تعليم القرآن و نظائره بناء على عدم القدرة على تسليمَ ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسانا و الاستحسان فرع تحقق ماهية الأجارة كما لا يخفي و هذا محل تسكب فيه العبرات؟ أقول و الجواب أن الاجارة في تعليم القرأن و الفقه على أمرين على التلقين و التعليم ففي القياس نظروا إلى التعليم وجعلوا التلقين تابعا له فقالوا لا يمكن و في الاستحسان نظروا إلى التلقين و جعلوا التعليم تابعا له فقالوا بالجواز فاختلفت الجهة و الأذان و الامامة دخلا تبعاً فتدبره فانه جيّد. (٣)و عليه الفتوى. و في الدر المختار و يفتي اليوم بصحتها (أي بصحة الاجارة) لتعليم القرآن و الفقه و الامامة و الأذان اه و في رد المحتارقال في الهداية و بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى استحسنوا الإستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن و عليه الفتوى اه و قد اقتصر على استثناء تعليم القرآن أيضا في متن الكنز =>

..........................................

..........................................

=> و متن مواهب الرحمن و كثير من الكتب و زاد في مختصر الوقاية و متن الاصلاح تعليم الفقه و زاد في متن المجمع الامامة و مثله في متن الملتقى ودرر البحار و زاد بعضهم الاذان و الاقامة و الوعظ و ذكر المصنف معظمها و لكن الذى فى أكثر الكتب الاقتصار على ما في الهداية فهذا مجموع ما أفتى به المتاخرون من مشايخنا رحمهم الله تعالى و هم البلخيون على خلاف في بعضه مخالفين ما ذهب إليه الامام و صاحباه و قد اتفقت كلمتهم جميعا في الشروح و الفتاوى على التعليل بالضرورة و هى خشية ضياع القرآن كما في الهداية و قد نقلت لك ما في مشاهير متون المذهب الموضوعة للفتوى فلا حاجة إلى نقل ما في الشروح و الفتاوى و قد اتفقت كلمتهم جميعا على التصريح باصل المذهب من عدم الجواز ثم استثنوا بعده ما علمته فهذا دليل قاطع و برهان ساطع على أن المفتى به ليس هو جواز الإستئجار على كل طاعة بل على ما ذكروه فقط مما فيه ضرورة ظاهرة تبيح الخروج عن أصل المذهب من طرو المنع فان مفاهيم الكتب حجة و لو مفهوم لقب على ما صرح به الاصوليون بل هو منطوق فان الاستثناء من أدوات العموم كما صرحوا به أيضا و أجمعوا على أن الحج عن الغير بطريق النيابة لا الإستئجار و لهذا الوفضل مع النائب شيء من النفقة يجب عليه رده للاصيل أو ورثته و لو كان أجرة لما وجب رده فظهرلك بهذا عدم صحة ما في الجوهرة من قوله واختلفوا في الإستئجار على قراءة القرآن مدة معلومة قال بعضهم لا يجوز و قال بعضهم يجوز و هو المختار اه و الصواب أن يقال على تعليم القرآن فان الخلاف فيه كما علمت لا في القراءة المجردة فانه لا ضرورة فيها فان كان ما في الجوهرة سبق قلم فلا كلام و ان كان عن عمد فهو مخالف لكلامهم قاطبة فلا يقبل و قد أطنب في رده صاحب تبيين المحارم مستندا إلى النقول الصريحة فمن جملة كلامه قال تاج الشريعة في شرح الهداية ان القرآن بالأجرة لا يستحق الثواب لا للميت و لا للقارىء و قال العينيّ في شرح الهداية و يمنع القارىء للدنيا و الآخذ و المعطى آثمان فالحاصل أن ما شاع في زماننا من قراءة الاجزاء بالأجرة لا يجوز لأن فيه الأمر بالقراءة و اعطاء الثواب للآمر و القراءة لأجل المال فاذا لم يكن للقارىء ثواب لعدم النية الصحيحة فاين يصل الثواب إلى المستاجر و لولا الأجرة ما قرأ أحد لأحد في هذا الزمان بل جعلوا القرآن العظيم مكسبا و وسيلة إلى جمع الدنيا انا لله و انا إليه راجعون اه و قد اغتر بما في الجوهرة صاحب البحر في كتاب الوقف و تبعه الشارح في كتاب الوصايا حيث يشعر كلامها بجواز الإستئجار على كل الطاعات و منها القراءة و قد رده الشيخ خيرالدين الرمليّ في حاشية البحر في كتاب الوقف حيث قال أقول المفتى به جواز الأخذ استحسانا على تعليم القرآن لا على القراءة المجردة كما صرح به في التاترخانية حيث قال لا معنى لهذه الوصية و لصلة القارىء بقراءته لأن هذا بمنزلة الأجرة و الاجارة في ذلك باطلة و هي بدعة و لم يفعلها أحد من الخلفاء و قد ذكرنا مسئلة تعليم القرآن على استحسان اه يعنى للضرورة و لا ضرورة في الإستئجار على القراءة على القبر و في الزيلعي و كثير من الكتب لو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن فافتوا بجوازه و رأوه حسنا فتنبه اه كلام الرملي و ما في التاترخانية فيه رد على من قال لو أوصى لقارىء يقرأ على قبره بكذا ينبغي أن يجوز على وجه الصلة دون الأجر و ممن صرح ببطلان هذه الوصية صاحب الولوالجية و المحيط و البزازية و فيه رد أيضا على صاحب البحر حيث علل البطلان بأنه مبنى على القول بكراهة القرآن على القبر و ليس كذلك بل لما فيه من شبه الإستئجار على القراءة كما علمت و صرح به في الاختيار و غيره و لذا قال في الولوالجية ما نصه و لو زار قبر =>

..............................

في تتمة الفتاوى الإستئجار لتعليم الفقه لا يجوز كالإستئجار لتعليم القرآن و في الإستئجار لتعليم الحرف روايتان في رواية المبسوط يجوز و في رواية القدوري لا يجوز و ذكر السرخسي أن مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى اختاروا قول أهل المدينة في جواز إستئجار المعلم على تعليم القرآن فنحن ايضاً نفتي بالجواز انتهى ثم قال فيها استأجر انساناً ليعلم غلامه أو ولده شعراً أو ادباً أو حرفة مثل الخياطة و نحوها فالكل سواء إن بيّن المدة بان استأجره شهراً ليعلمه هذا العمل يجوز و يصح و ينعقد العقد على المدة حتى يستحق الأجرة تعلم أو لم يتعلم إذا سلم الاستاذ نفسه لذلك أما إذا لم يبين المدة فينعقد لكن فاسداً حتى لو علم استحق أجر المثل و إلا فلا و كذا تعليم سائر الأعمال كالخط و الهجاء و الحساب على هذا و لو شرط عليه أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز لأن التحذيق

=> صديق أو قريب له و قرأ عنده شيئا من القرآن فهو حسن أما الوصية بذلك فلا معنى لها و لا معنى أيضا لصلة القارى لأن ذلك يشبه إستئجاره على قراءة القرآن و ذلك باطل و لم يفعل ذلك أحد من الخلفاء اهـ اذ لو كانت العلة ما قاله لم يصح قوله هنا فهو حسن و ممن أفتى ببطلان هذه الوصية الخير الرملي كما هو مبسوط في وصايا فتاواه فراجعها و نقل العلامة الخلوتي في حاشية المنتهى الحنبلي رحمه الله تعالى عن شيخ الاسلام تقي الدين ما نصه و لا يصح الإستئجار على القراءة واهدائها إلى الميت لأنه لم ينقل عن أحد من الأئمة الاذن في ذلك و قد قال العلماء إن القارىء إذا قرأ لأجل المال فلا ثواب له فأيّ شيء يهديه إلى الميت و إنما يصل إلى الميت العمل الصالح و الإستئجار على مجرد التلاوة لم يقل به أحد من الأئمة و انما تنازعوا في الإستئجار على التعليم اهـ بحروفه و ممن صرح بذلك أيضا الامام البركوي قدس سره في آخر الطريقة المحمدية فقال الفصل الثالث في أمور مبتدعة باطلة أكب الناس عليها على ظن أنها قرب مقصودة إلى أن قال و منها الوصية من الميت باتخاذ الطعام و الضيافة يوم موته أو بعده و باعطاء دراهم لمن يتلو القرآن لروحه أو يسبح أو يهلل له و كلها بدع منكرات باطلة و الماخوذ منها حرام للآخذ و هو عاص بالتلاوة و الذكر لأجل الدنيا اهـ ملخصا و ذكر أن له فيها أربع رسائل فاذا علمت ذلك ظهرلك حقيقة ما قلناه و أن خلافه خارج عن المذهب و عما أفتى به البلخيون و ما أطبق عليه أئمتنا متونا و شروحا و فتاوى و لا ينكر ذلك إلا غمر مكابر أو جاهل لا يفهم كلام الأكابر و ما استدل به بعض المحشين على الجواز بحديث البخاري في اللديغ فهو خطأ لأن المتقدمين المانعين الإستئجار مطلقا جوزوا الرقية بالأجرة و لو بالقرآن كما ذكره الطحاوي لأنها ليست عبادة محضة بل من التداوي و ما نقل عن بعض الهوامش و عزى الحاوي الزاهدي من أنه لا يجوز الإستئجار على الختم باقل من خمسة و أربعين درهما فخارج عما اتفق عليه أهل المذهب قاطبة و حينئذ فقد ظهرلك بطلان ما أكب عليه أهل العصر من الوصية بالختمات و التهاليل مع قطع النظر عما يحصل فيها من المنكرات التي لا ينكرها إلا من طمست بصيرته و قد جمعت فيها رسالة سميتها شفاء العليل و بل الغليل في حكم الوصية بالختمات و التهاليل و أتيت فيها بالعجب العجاب لذوي الالباب و ما ذكرته هنا بالنسبة إليها كقطرة من بحر أو شذرة من عقد نحر و أطلعت عليها محشي هذا الكتاب فقيه عصره و وحيد دهره السيد أحمد الطحاوي مفتي مصر سابقا فكتب عليها و أثنى الثناء الجميل فالله يجزيه الخير الجزيل و كتب عليها غيره من فقها العصر.

**قال و لا يجوز الإستئجار على الغناء و النوح و كذا سائر الملاهي لأنه إستئجار على المعصية و المعصية لا تستحق بالعقد قال و لا يجوز إجارة المشاع**

ليس في وسع المعلم و الحذاقة لمعنى في المتعلم دون المعلم و لأن الحذاقة ليس لها حد تنتهي إليه فكان مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا يجوز الإستئجار على الغناء) بكسر الغين مع المد و بالكسر مع القصر اسم لليسار و بالفتح مع القصر الإقامة و مع المد الكفاية أما الأول من غنى بالتشديد غناء و أما الثاني من غنى يغنى من باب علم يعلم غنى فهو غني و أما الثالث من غنى بالمكان أي أقام و هو أيضاً من الباب المذكور و أما الرابع من قولهم ما يغني عنك هذا أي ينفعك (و النوح) أي البكاء على الميت و هو البكاء مع رفع الصوت (و كذا سائر الملاهي) كالمزمار و الطبل و غيرهما و به (١) قالت الثلاثة و أبو ثور رحمهم الله تعالى و قال الشعبي و النخعي رحمهما الله تعالى يكره ذلك و يجوز أما الإستئجار لكاتب يكتب له غناء و نوحاً يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما و الثلاثة رحمهم الله تعالى و على هذا الخلاف الإستئجار على حمل الخمر (لأنه إستئجار على المعصية و المعصية لا تستحق بالعقد) إذ لا يستحق على أخذ شيء يكون به عاصياً شرعاً و قال شيخ الإسلام الاسبيجابي في شرح الكافي و لا تجوز الإجارة على شيء من الغناء و النوح و المزامير و الطبل (٢) و شيء من اللهو و لا على الحداء و قراءة الشعر و لا غيره و لا (٣) أجر في ذلك و هذا كله قول أبي حنيفة و أبي يوسف و محمد رحمهم الله تعالى لأنه معصية و لهو و لعب (قال) أي القدوري (و لا يجوز (٤) إجارة المشاع

(١)و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى الخ. كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى ص١٣٤ ج٦.

(٢)الطبل. و في الشامية و إذا كان الطبل لغير اللهو فلا بأس به كطبل الغزاة و العرس لما في الاجناس و لا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليعلن به النكاح و في الولوالجية و إن كان للغزو أو القافلة يجوز اتقاني ملخصا.

(٣)لا أجر الخ. و في رد المحتار مع الدر المختار: و لو أخذ (أي مالاً) بلا شرط يباح كذا في المحيط. و في المنتقى امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمر اكتسبت مالاً ردته على أربابه إن علموا و إلا تتصدق به و إن من غير شرط فهو لها قال الإمام الاستاذ لا يطيب و المعروف كالمشروط اه. قلت و هذا مما يتعين الأخذ به في زماننا لعلهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر البتة ط. (٤) لا يجوز اجارة المشاع الخ. قال في تصحيح القدوري للعلامة قاسم قال الكرخي في جامعه نص ابو حنيفة رحمه الله تعالى أنه إذا آجر بعض ملكه أو آجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي فهو فاسد سواء فيما يقسم و ما لا يقسم قلت صحح في الحقائق أنه فاسد و حكى عن بعض أنه باطل و هو في نظم الخلافيات و قال القاضي اجارة المشاع فيما يقسم و ما لا يقسم فاسدة في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عليه الفتوى و إن آجر من شريكه جاز في اظهر الروايتين و لو من ثالث لا يجوز في الاظهر قال في الفتاوى الصغرى و في المزارعة و المعاملة و الوقف الفتوى على قول ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لمكان =>

**عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا من الشريك و قالا إجارة المشاع جائزة و صورته أن يوجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما أن للمشاع منفعة**

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا من الشريك) و به قال (١) زفر و أحمد رحمهما الله تعالى فيما يقسم كالأرض و فيما لا يقسم كالعبد (و قالا) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إجارة المشاع جائزة) و به قال (٢) الشافعي و مالك رحمها الله تعالى و قال الكرخيّ في مختصره و لا يجوز إجارة المشاع فيما يقسم و فيما لا يقسم عند أبي حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى إلا أن يكون المستأجر شريكاً في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة واحدة في قول أبي حنيفةؒ و كذلك قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في رجلين آجرا داراً لهما من رجل فهو جائز و إن مات أحد المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه و الاجارة في نصيب الحي صحيحة على حالها و لا يجوز أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن يستأجر من عقار مائة ذراع و لا من أرض جريباً أو جريبين إذا كانت اكثر من ذلك و في شرح الطحاوي إجارة المشاع من شريكه جائزة بالإجماع و من غير شريكه لا تجوزعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما تجوز و بيع المشاع يجوز من شريكه و من غير شريكه بالإجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل القسمة و رهن المشاع من شريكه و من غير شريكه سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتمل لا يجوز و عند الشافعي رحمه الله تعالى يجوز و هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة وفيما لا يحتمل القسمة لا تجوز عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى تجوز و قرض المشاع جائز بالإجماع و أما وقف المشاع فأبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى الوقف مشاعاً كان أو غيره و عندهما يجوز الوقف ثم على قول أبي يوسفؒ وقف المشاع جائز و عند محمدؒ باطل (وصورته) أي صورة عقد إجارة المشاع (أن يوجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك) أو يؤجر نصف عبده أ نصف دابته من غير الشريك (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن للمشاع منفعة) يعني فيجوز لأن

=> الضرورة و البلوى و في إجارة المشاع على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قال في الحقائق و الفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و اعتمده النسفي و برهان الأئمة المحبوبي و صدر الشريعة رحمهم الله تعالى و قال في شرح الكنز للزيلعيؒ و في المغني أن الفتوى اليوم في اجارة المشاع على قولهما قلت شاذ مجهول القائل فلا يعارض ما ذكرناه اه اتقاني كذا في الهامش على التبيين. و في الشامية المعول عليه ما في الخانية أن الفتوى على قول الامامؒ و به جزم أصحاب المتون و الشروح فكان هو المذهب أفاده المصنفؒ و عليه العمل اليوم اه. (١)و به قال زفر و احمد رحمهما الله تعالى كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى ص١٣٧ ج٦. (٢)و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى الخ. كذا في المغني.

و لهذا يجب أجر المثل و التسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين و صار كالبيع و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز و هذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور و التخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً و هو الفعل الذى يحصل به التمكن و لا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه

موجب الاجارة ملك المنفعة (و لهذا يجب أجر المثل) أى و لكون المشاع له منفعة معلومة يجب أجر المثل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا سكن المستأجر فيها و لو كان فائت المنفعة لما انعقد أصلا كما إذا استأجر ارضاً سبخة (و التسليم ممكن بالتخلية) جواب عما يقال إنه إجارة ما لا يقدر على تسليمه فاجاب بأن التسليم ممكن بالتخلية بأن يرفع الشريك المؤجر متاعه من الدار و خلى بينها و بين المستأجر (أو بالتهايؤ) هو تفاعل من الهيئة يقال تهايأ القوم و هو ان يتواضعوا على أمر فيتراضوا به و حقيقته ان يرضى كل واحد منهم بحالة واحدة و يختارها (فصار كما إذا آجر من شريكه) فلو كان الشيوع مانعاً لما جاز من شريكه كالهبة (أو من رجلين) أى أو كما إذا آجر من رجلين فانه يجوز و كل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعاً و كذا لو آجر نصف داره شائعاً يجوز (و صار كالبيع) أى و صار حكم التخلية هنا كحكم التخلية فى البيع من حيث ان التخلية تسليم فيه (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز) هذا إما معارضة أو ممانعة فتقرير الأولى أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه لأن تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا للقسمة كالدار أو لا كالعبد غير متصور و ما لا يتصور تسليمه لا تصح إجارته لعدم الإنتفاع به و الإجارة عقد على المنفعة فيكون هذا دليلا مبتداً من غير تعرض لدليل الخصم و تقرير الثانية أن يقال لا نسلم انتفاء المانع فإنه آجر ما لا يقدر على تسليمه و عدم التسليم يمنع صحة الإجارة (و هذا) توضيح لكون إجارة المشاع إجارة ما لا يقدر على تسليمه (لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور) فلا يتصور استيفاء المنفعة لأن الإنتفاع أمرحسى و الشائع لا يحتمله (و التخلية اعتبرت تسليماً) جواب عما قالا و التسليم ممكن بالتخلية و وجهه أن التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكيناً و هو معنى قوله (لوقوعه تمكيناً) أى لوقوع التخلية تمكيناً من القبض و تذكير الضمير على تأويل رفع الموانع (و هو) أى التمكين هو (الفعل الذى يحصل به التمكن) من الإنتفاع حسا (و لا تمكن فى المشاع) لأنه معدوم فيه فالحاصل أن التخلية كأنها اعتبرت علة و هو وسيلة إلى التمكن و التمكن فى المشاع غير حاصل ففات المعلول و إذا فات المعلول لا يعتبر بالعلة (بخلاف البيع لحصول التمكن فيه) أى فى البيع لأن المقصود به ليس

**و أما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك و حكم العقد يعقبه و القدرة على التسليم شرط العقد و شرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقاً و أما إذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع و الإختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسنؒ عنه**

---

الإنتفاع بل ملك الرقبة و لهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا (و أما التهايؤ) جواب عن قولهما أو بالتهايؤ و حاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك و هو معنى قوله (فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك و حكم العقد يعقبه) أي يعقب العقد لأن حكم الشيء هو الأثر الثابت به فبالضرورة يتأخر عنه (و القدرة على التسليم شرط العقد و شرط الشيء يسبقه) أي يسبق الشيء لتوقف وجود المشروط على وجود الشرط فالمتوقف عليه سابق لا محالة (و لا يعتبر المتراخي) و هو التهايؤ (سابقا) لأنه حكم فمتى اعتبر سابقاً يلزم قلب الحكم شرطاً و ذا لا يجوز (و أما إذا آجر من شريكه) جواب عن قولهما فصار كما إذا آجر من شريكه و وجهه أنه إذا آجر من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) يعني أن البعض له بحكم الملك و البعض بحكم الإجارة و كل المنفعة يحدث على ملكه فلا شيوع حينئذ قيل لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة و الرهن من الشريك لكنه لم يجز و أجيب بأن المراد لا شيوع يمنع التسليم و هو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف و يجوز أن يكون الشيوع مانعاً لحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فإن القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك و الأجنبي فيه سواء و يمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه و هو الحبس الدائم لأنه في الشائع غير متصور و الشريك و الاجنبي فيه سواء و أما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه و هو المنفعة و إنما يتعذر التسليم و ذلك لا يوجد في حق الشريك و التحقيق في هذا الموضع أن الشيوع إما في العين أو في المنفعة فإن كان في العين فقد منع من الهبة و الرهن دون التسليم في الإجارة و إن كان في المنفعة فقد منع عن التسليم فيها إن كان ابتداء و إن كان طارئاً لم يمنع فافهم (و إلاختلاف في النبسة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لأن الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك و بنصيب شريكه بالإستئجار فيكون الشيوع موجوداً فأجاب بأن الاختلاف في النسبة لا يضره أي لا يضر كون حدوث كل الانتفاع على ملكه لأنه لا عبرة لاختلاف الأسباب مع اتحاد الحكم (على أنه لا يصح) أي على أن عقد إجارة المشاع من شريكه أيضاً لا يصح (في رواية الحسنؒ عنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى

و بخلاف الشيوع الطارئ لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء و بخلاف ما إذا آجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارىء

و ذكر القدوري في التقريب روى الحسن عن أبي حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى بطلان العقد في الجميع يعني في إجارة المشاع من الشريك وغيره (و بخلاف الشيوع الطارىء) بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فانه تبقى الاجارة في نصيب الحي شائعاً في ظاهر الرواية و ذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يفسد في حق الحي و قال صاحب الغناية قوله و بخلاف الشيوع الطارىء ليس له تعلق ظاهرا أراد أن ذكره ههنا غير مناسب و ليس كذلك بل تعلقه ظاهر لأنهما أجازا إجارة المشاع قياساً على ما إذا آجر داره من رجلين ثم مات أحدهما فإنه تبقى الاجارة مع أن فيها الشيوع لا يقال على هذا يكون قوله و بخلاف ما إذا آجر من رجلين تكراراً لأن قوله بخلاف الشيوع الطارىء مثل أصل و قاعدة و قوله بخلاف ما إذا آجر من رجلين من الفروع المبنية على هذا الأصل فلا تكرار في ذكر الأصل مع الفرع (لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء) بل هو شرط للابتداء و قد كان قادرا على التسليم عند الابتداء كما أن تكبير الافتتاح شرط لابتداء الصلاة و ليس بشرط للبقاء (و بخلاف ما إذا آجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة) لأن العقد أضيف إلى كل الدار و لا شيوع فيه لأن كل واحد منهما يستوفي منافعها على ملك المؤجر و يخرج من ملكه جملة (ثم الشيوع) الحاصل (بتفرق الملك فيما بينهما طارىء) يعني بعد ثبوت الملك لهما فيتحقق بعد العقد فيكون طارئاً فان قيل لا نسلم أنه طارىء بل هو مقارن لأنها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا قيل هذا الجواب فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء و بقاء سقط الاعتراض و إنما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها و الصواب أن يقال الطريان إنما هو على التسليم لا على العقد و ذلك مما لا يشك فيه فان قلت ينبغي أن تجوز الهبة من اثنتين لأن الشيوع الطارىء فيها لا يمنع أيضاً قلت عدم العلة لا يوجب عدم الحكم لجواز ثبورته لعلة أخرى و هنا و إن لم يوجد قران الشيوع في الهبة لكن وجد مانع آخر و هو عدم إمكان القبض إلا في ضمن قبض نصيب الآخر و الضمني كالعدم و القبض منصوص عليه في الهبة فاعتبر كماله و الكمال مع كونه ضمنيا لا يتصور

**قال و يجوز إستئجار الظئر بأجرة معلومة لقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ و لأن التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله ﷺ و قبله و أقرهم عليه ثم قيل إن العقد يقع على المنافع و هى خدمتها للصبى و القيام به و اللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ فى الثوب و قيل إن العقد يقع على اللبن و الخدمة تابعة و لهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر و الأول أقرب إلى الفقه**

(قال) أى القدورىّ (و يجوز إستئجار (١) الظئر) بكسر الظاء المعجمة و سكون الهمزة و هى المرضعة (بأجرة معلومة) قيد به لأن الأجرة إذا كانت مجهولة لا تصح (لقوله تعالى) أى لقول الله تعالى (فان (٢) أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) المراد بعد الطلاق أى فان أرضعن أولادكم لأجلكم فأعطوهن أجورهن أمر بايتاء أجورهن فيكون دليلا على جواز إجارة الظئر يعنى إذا لم يتطوعن (و لأن التعامل به) أى بإستئجار الظئر (كان جارياً على عهد رسول الله ﷺ) أى فى زمانه (و قبله) أى قبل عهده (و أقرهم عليه) أى أقر النبى ﷺ الناس على التعامل به و تقريرهم عليه تشريع لهم بذلك (ثم قيل) قائله صاحب الايضاح و صاحب الذخيرة و بعض أصحاب أحمد و الشافعى رحمهم الله تعالى (إن العقد يقع على المنافع و هى خدمتها للصبى و القيام به) أى بأموره (و اللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ فى الثوب) فيكون الاستيجار على الخدمة (و قيل) قائله شمس الائمة السرخسىّ (إن العقد يقع على اللبن و الخدمة تابعة) قال شمس الأئمةّ فى المبسوط و الأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود و ما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع (و لهذا) توضيح لما ذهب إليه شمس الأئمةّ (لو أرضعته) أى لو أرضعت الظئر الصغير (بلبن شاة لا تستحق الأجر) فدل على أن اللبن غير تابع بل معقود عليه (و الأول أقرب إلى الفقه) أى القول

(١)يجوز إستئجار الظئر الخ. و فى تكملة الطورى و الظئر المرأة ذات اللبن سواء كانت مسلمة أو كافرة حرة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة كذا فى قاضيخان. و فى ابن فرشته فلو عجزت المكاتبة و ردت فى الرق يحكم ابو يوسفّ ببقاء العقد و أبطله محمدّ. و فى المحيط و آجرت الأمة الفاجرة أو الكافرة نفسها ظئرا جاز لأن الاجارة من التجارة و لو رضع الصبى جارية الظئر أو خدمها فلها الأجر كاملا لأن الظئر بمنزلة الأجير المشترك و لو استأجرت الظئر ظئرا فارضعته فلها الأجر استحسانا و لو شرط عليها أن ترضع الصبى بنفسها فأرضعته بمن ذكر فلها الأجر لأن اشتراط الرضاع عليها بنفسها لا يفيد. و لو اختلفا فقال أهل الصغير أرضعتيه بلبن شاة فلا أجر لك و قالت أرضعته بلبن آدمية فلى الأجر فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر يشهد لها و إن أقاما البينة فالبينة بينتها لأنها مثبتة. و إن شرطوا عليها ارضاع الصبى فى منزل الأب فليس للظئر أن تخرج به منه لأن الارضاع فى منزل الأب أجود للصبى و ليس لهم أن يحبسوا الظئر فى منزلهم إن لم يشترطوا ذلك اه. (٢)فان أرضعن الآية. الطلاق٦.

لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها

الأول أقرب إلى الأصول و بهذا أشار إلى أنه اختار هذا القول (لأن عقد الاجارة لا ينعقد على إتلاف الاعيان مقصوداً كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها) فانه لا يجوز و اختار حافظ الدينؒ أيضاً هذا القول حيث قال فى الكافى و الصحيح هو الأول و قال السغناقىؒ قال شمس الائمةؒ فى المبسوط (١) وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة و هو القيام بخدمة الصبى و ما يحتاج إليه و أما اللبن فتبع فيه لأن اللبن عين و العين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الأنعام ثم قال و الأصح أن العقد يرد على للبن لأنه هو المقصود و ما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع و المعقود عليه هو منفعة الثدى و منفعة كل عضو على حسب ما يليق به و هكذا ذكر ابن سماعةؒ عن محمد رحمه الله تعالى فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه و جواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة و قد ذكر فى الكتاب أنها لو ربت الصغير بلبن الأنعام لا تستحق الأجر و قد قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعاً و لم يكن الأجر بمقابلته لاستوجبت الأجر ثم تعجب السغناقىؒ من اختيار المصنفؒ ما أعرض عنه الامام الكبير شمس الأئمة السرخسيؒ بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح و الرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله تعالى و رد عليه صاحب العنايةؒ بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال و هو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح لأن مداره قوله لأنه هو المقصود و هو ممنوع بل المقصود هو الإرضاع و انتظام أمر معاش الصبى على وجه خاص يتعلق بأمور و وسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة و نقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح و لا يتشبث له بما روى ابن سماعةؒ عن محمد رحمه الله تعالى لأنه ليس بظاهر الرواية و لئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الإجارة و إنما الكلام فى استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً و ليس في كلام محمدؒ ما يدل على شيء من ذلك قلت (١) قول

(١) المبسوط ص١١٨ ج١٥. (١) قلت الخ. قال العلامة قاضى زادهؒ فى النتائج أقول كل ما قاله (أى العلام العينىؒ فى هذا المقام) فى الأول و الآخر فاسد أما ما قاله فى الأول فلأن معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم بقاء الأعراض زمانين عند المتكلمين و لا شك أن هذا المعنى ليس بمتحقق فى الأعيان فكيف تكون الأعيان بمنزلة المنافع و لو سلم ذلك لم يجز اجارة الأعيان قطعا إذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الأعيان بعوض هو البيع لا غير و هذا أمر مقرر عند الفقهاء قاطبة و ما ذكره من التنظيرات أو التشبيهات مما لا يجدى شيئا أما صورة العارية فلأن العين هناك باق على حاله و إنما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها لما نحن فيه و أما صورة العرية و صورة المنحة فلأن المعنى فيهما و إن كان =>

و سنبين العذر عن

شمس الأئمةؒ هو الأقرب إلى الفقه لأن الأعيان التي تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فتجوز إجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده و العرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها و المنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها و إجارة الظئر ثابتة بنص القرآن الموافق للقياس الصحيح فيجب أن يكون أصلا يقاس عليها إجارة الشجر لثمرها و إجارة البقر و الشاة و نحوها للبنها لا أن تجعل إجارة البقر لشرب لبنها باطلة و يقاس عليها إجارة الظئر كما ذكره المصنفؒ و قد نص مالكؒ على جواز إجارة الحيوان مدة لبنه ثم من أصحابه من جوز ذلك مطلقاً تبعاً لنصه و منهم من منعه و منهم من شرط فيه شروطاً و قد ورد عن عمر رضي الله عنه أنه اجار حديقة اسيد بن حضيرؓ ثلاث سنين و هذا بمشهد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم و لم يرد أن أحداً منهم أنكره عليه و جوز ذلك بعض اصحاب أحمدؒ و جوز مالكؒ ذلك تبعاً للارض قدر الثلث و لا شك أن المقصود من الظئر إنما هو اللبن أما الحمل و الخدمة فتبع و إذا قيل إن الخدمة هي الأصل كان في ذلك قلب الموضوع و نظير ذلك ما قيل في الحمام إن الأجرة في مقابلة القعود في الحمام و إن استعمال الماء الجاري فيه تبع و هذا قلب الموضوع ايضاً بل الحق أن إستئجار الظئر إنما هو لارضاع الولد بلبنها على العادة الجارية في ذلك و إن حمله و إلقامه الثدي و نحو ذلك تبع غير مقصود بالقصد الأول و من كابر في ذلك كان بمنزلة المكابر في الحسيات و كذلك دخول الحمام إنما هو المقصود فيه بالقصد الأول استعمال مائه و كيف يقول صاحب العنايةؒ بل المقصود هو الإرضاع إلى آخره حيث يجعل اللبن مع كونه أصلا و مقصوداً بالذات فرعاً و جزءاً من جملة الأمور و الوسائط التي يتعلق بها انتظام أمر الصبي و كيف يقول لما روى ابن سماعةؒ عن محمدؒ أنه غير ظاهر الرواية و هو من كبار اصحاب محمد و أبي يوسف القاضي رحمهما الله تعالى و كان من العلماء الكبار الصالحين و كان يصلي كل يوم مائتي ركعة (وسنبين العذر عن

=> تمليكا للعين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة و العطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه إذ الكلام في أن عقد الاجارة لا يرد على الأعيان لا أن شيئا من العقود لا يرد عليها و أما ما قاله في الآخر فلأن المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين و الزيادات و المبسوط و المراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها و هذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتي ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار و لا شك أن مراد صاحب العنايةؒ أيضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعةؒ عن محمدؒ ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمدؒ التي هي الرواية المعتد بها جدا و كون ابن سماعةؒ من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا و ما الشبهة فيه إلا من الغفول عن اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية و غير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يداه اه.

الارضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى و إذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالإستئجار على الخدمة قال و يجوز بطعامها و كسوتها استحساناً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يجوز لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز و الطبخ

الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى) أراد به الجواب عن قول أهل المقالة الثانية حيث قالوا و لهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر و سيأتي ذلك قريباً من صفحة بقوله لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها (و إذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد (١) الطريقين (يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالإستئجار على الخدمة) يعني أن الإجارة لما جازت باعتبار الخدمة فتعتبر بإستئجار العبد للخدمة فكل ما جاز ثمة يجوز هنا و كل ما لا يجوز ثمة لا يجوز هنا غير أن جواز إستئجار الظئر بالطعام و الكسوة باعتبار أنها لا تفضي إلى المنازعة قيل هذا تكرار لأنه قد علم من أول المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائد هذا الكلام أجيب أنه أثبت أولاً جوازها بالكتاب و السنة ثم رجع إلى اثباتها بالقياس و يجوز (٢) ان يكون توطئة لقوله و يجوز بطعامها و كسوتها يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجارات و بطعامها و كسوتها أيضاً و الأصوب أن يجاب بما قلنا آنفاً يعني غرضه من هذا أن يبين أن إستئجار الظئر كإستئجار العبد على الخدمة فكل ما جاز هناك يجوز هنا و العكس أيضاً مع اعتبار أمر آخر هنا كما ذكرناه (قال) أي القدوريّ (و يجوز) أي استيجار الظئر (بطعامها و كسوتها استحساناً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و في حاوي الحنابلة و يصح إستئجار الظئر بطعامها و كسوتها و لها الوسط و مع النزاع كإطعام الكفارة (و قالا) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يجوز لأن الأجرة مجهولة) لأن الطعام مجهول الجنس و القدر و الصفة و كذا الكسوة و به قال الشافعيّ و في شرح الكافي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إن سمّوا لها طول كل ثوب و عرضه و رقعته و ضربوا لذلك أجلا فهو جائز و كذلك الطعام إن سمّوا لها كل يوم كيلا من الدقيق فهو جائز و إنما وجب لها الوسط من الطعام و الكسوة إذا لم يوصف عند أبي حنيفةّ لأن البدل إذا ثبت في الذمة مطلقاً وجب الوسط منه كالمهر و الدية (فصار كما إذا استأجرها للخبز و الطبخ) يعني كما إذا استأجر امرأة لتخبز له كل يوم عشرة أمناء من الدقيق و تطبخ له عشرة أرطال

(١)باحد الطريقين الخ. أقول و لعل مراد المصنفّ هو الاشارة إلى ما صححه و اختاره من الطريق الأول كما يفهم من المقيس عليه فليتامل كذا في السعدية و بهذا سقط السؤال و الجواب الذين ذكرهما الشارح العلام العينيّ بقوله قيل هذا تكرار إلى قوله ثم رجع إلى إثباتها بالقياس اه تدبر. (٢)و يجوز الخ. أقول يأبى عن ذلك قوله اعتباراً بالاستيجار على الخدمة فليتأمل كذا في السعدية.

و له أن الجهالة

من اللحم مثلا و تكون الأجرة الطعام و الكسوة فإنه لا يجوز و هذا لا يلزم مالكاً و أحمد رحمهما الله تعالى فانهما يجيزان ذلك (و له) أي لأبي حنيفةؒ (١) (أن الجهالة) أي الجهالة المذكورة

(١)لأبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. أقول و مفاده عدم جواز ذلك في غير الظئر اتفاقا لافضاء الجهالة إلى المنازعة لعدم العرف فلو تعورف ذلك في غير الظئر أيضا ينبغي أن يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال في الظهيرية استأجر عبدا أو دابة على أن يكون علفها على المستأجر ذكر في الكتاب أنه لا يجوز و قال الفقيه أبو الليث في الدابة نأخذ بقول المتقدمين أما في زماننا فالعبد يأكل من مال المستأجر عادة اه قال الحموي أي فيصح اشتراطه و اعترضه الطحاوي بقوله فرق بين الأكل من مال المستأجر بلا شرط و منه بشرط اه. أقول المعروف كالمشروط و به يشعر كلام الفقيه ثم ظاهره أنه لو تعورف في الدابة ذلك يجوز تأمل اه ملخصا من "رد المحتار" و قال العثمانيؒ في الاعلاء (ص٢٠٢ ج١٦): قال ابن حزم في المحلي: لا تجوز الإجارة بمضمون مسمى محدود في الذمة أو بعين معينة معروفة الحد و المقدار و هو قول عثمان رضي الله تعالى عنه و غيره و قال مالك يجوز كراء الأجير بطعامه و احتجوا بخبر عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه كنت أجيرا لابنة غزوان بطعام بطني و عقبة رجلي (رواه ابن ماجةؒ في الرهون باب إجارة الأجير على طعام بطنه ص١٧٦) قال ابن حزم قد يكون هذا تكارما من غير عقد لازم و أما العقود المقتضى بها فلا تكون إلا بمعلوم و الطعام يختلف و تختلف الناس في أكله اختلافا متفاوتا فهو مجهول لا يجوز اه ملخصا (٢٠٣٨) و قال الموفق في المغني اختلفت الرواية فيمن استأجر أجيرا بطعامه و كسوته أو جعل له أجرا و شرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك و هو مذهب مالك و إسحاق و روى عن أبي بكر و عمر و أبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم و كسوتهم و روى عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها اختارها القاضي و هذا مذهب أبي حنيفة لأن ذلك مجهول و إنما جاز في الظئر لقول الله تعالى: ﴿و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ فأوجب لهن النفقة و الكسوة على الرضاع و لم يفرق بين المطلقة و غيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها و كسوتها بالزوجية و إن لم ترضع و لأن الله تعالى قال ﴿و الوارث مثل ذلك﴾ و الوارث ليس بزوج و روى عنه رواية ثالثة لا يجوز ذلك بحال لا في الظئر و لا في غيرها و به قال الشافعي و أبو يوسف و محمد و أبو ثور و المنذر لأن ذلك يختلف اختلافا كثيرا متباينا فيكون مجهولا و الأجر من شرطه أن يكون معلوما قال و لنا ما روى ابن ماجة عن عتبة بن الندر قال كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ طسّم حتى بلغ قصة موسى قال "إن موسى آجر نفسه ثماني حجج أو عشرا على عفة فرجه و طعام بطنه" و شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه اه. قلنا نعم! و لكن الحديث لا يصلح للاحتجاج به لأن في سنده مسلمة بن علي الخشني و هو متروك و اتهمه الحاكم برواية المناكير و الموضوعات عن الأوزاعي و الزبيدي و لو صح فغاية ما فيه أن موسى عليه السلام آجر نفسه لعفة الفرج و طعام البطن و ليس فيه أن ذلك كان هو الأجر و بالجملة فلفظة على للسببية لا للمعاوضة و من ادعى فعليه البيان و الاحتمال يضر الاستدلال قال و عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه قال "كنت أجيرا لابنة غزوان بطعام بطني" الحديث قلنا قد مر الجواب عنه في كلام ابن حزم قال و لأن من ذكرنا من الصحابة و غيرهم فعلوه فلم يظهر له نكير فكان إجماعا اه. قلنا و أين الإجماع؟ و قد خالفهم عثمان رضي الله تعالى عنه كما ذكره ابن حزمؒ و أيضا فلا يبعد أن يكونوا فعلوه مكارمة لا إجارة قال و لأنه قد ثبت في الظئر بالآية فيثبت في غيرها =>

لا تفضى إلى المنازعة لأن فى العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز و الطبخ لأن الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة و فى الجامع الصغير فإن سمّى الطعام دراهم و وصف جنس الكسوة و أجلها و ذروعها فهو جائز يعنى بالاجماع و معنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها (١) و هذا لا جهالة فيه

(لا تفضى إلى المنازعة لأن فى العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد) و الجرى على موجب مرادهن و لا يمنع إلا الجهالة المفضية إلى المنازعة و الأظآر (٢) على وزن أفعال جمع ظئر (فصار كبيع قفيز من صبرة) فانه يجوز و للبائع أن يعطى من أىّ جانب شاء لأنها جهالة لا تفضى إلى المنازعة (بخلاف الخبز و الطبخ لأن الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة) فلذلك لا يجوز (و فى الجامع الصغير فان سمّى الطعام دراهم و وصف جنس الكسوة و أجلها) أى أجل الكسوة أراد به وقت العطاء (و ذروعها فهو جائز يعنى بالإجماع) ذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله مجمعاً عليه بمعرفة الجنس و الأجل و المقدار (و معنى (٣) تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أى مكان المسمى من الدراهم (و هذا لا جهالة فيه) أى جعل الأجرة على هذا الوجه

=> بالقياس عليها و لأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية و كنفقة الزوجة و لأن للكسوة عرفا و هى كسوة الزوجات و للإطعام عرف و هو الإطعام فى الكفارات فجاز إطلاقه كنقد البلد و أيضا فما كان عوضا فى الرضاع جاز فى الخدمة كالأثمان اه (٦٩٦). قلنا ليست الآية صريحة فى جواز إستئجار الظئر بالطعام و الكسوة و غاية ما فيها أنه يجب على المولود له أن يعطى المرضعة ما يكفيها لطعامها و كسوتها و أما أن ذلك لا بد أن يكون معلوما أو يجوز أن يكون مجهولا فالآية ساكتة عن ذلك و قوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ يدل على أن المراد برزقهن و كسوتهن أجورهن و أجر الأجير يكون معلوما عادة و شرعا فكذلك رزقهن و كسوتهن أيضا هذا و لكن الراجح عندى جواز الإجارة و الإستئجار على الطعام و الكسوة قياسا على إجارة الظئر فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يقول بجواز إستئجارها على طعامها و كسوتها و علله بأن الجهالة فيه لا تفضى إلى المنازعة للعرف و العادة فكذلك أجير الخدمة إذا تعورف إستئجاره بالطعام و الكسوة و الله تعالى أعلم.

(١)مكانها.ن.مكانه. (٢)الأظآر الخ. و فى تاج العروس الظئر بالكسر مهموزا العاطفة على ولد غيرها ونص المحكم على غير ولدها المرضعة له من الناس وغيرهم كالابل للذكر و الأنثى ج أظؤر كأفلس و أظآر كأبيار و ظؤر بالضم ممدودا و ظؤرة بزيادة الهاء كالفحولة و البعولة و ظؤار (بالضم) كرخال و هذه من الجمع العزيز و ظؤرة كهمزة (أقول بل الصحيح كسفرة كما فى اللسان مسعود) و هو عند سيبويه اسم للجمع كفرهة (بالضم فالسكون) لأن فعلا ليس مما يكسر على فعلة عنده و قيل جمع الظئر من الابل ظؤار (بالضم) و من النساء ظؤرة (بضمتين) و ناقة ظؤر (بالفتح فالضم) لازمة للفصيل أو البوّ (بفتح الباء مع تشديد الواو) اه. (٣)و معنى تسمية الطعام الخ. قال العلام الزيلعىّ فى التبيين و قالوا معنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه دراهم فيكون معناه على هذا التقدير ان سمى بدل الطعام دراهم حذف المضاف و أقام المضاف إليه مقامه لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما و إنما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لا غير اه.

و لو سمى الطعام و بيّن قدره جاز أيضاً لما قلنا و لا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان و يشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما و قد ذكرناه في البيوع و في الكسوة يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان القدر و الجنس لأنه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً و إنما يصير مبيعاً عند الأجل كما في السلم قال و ليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه

---

لا جهالة فيه قال (١) السغناقيّ هذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ و لكن يحتمل أن يكون معناه أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة (و لو سمّى الطعام و بيّن قدره جاز أيضاً لما قلنا) أشار به إلى قوله لا جهالة فيه (و لا يشترط تأجيله) أى تأجيل الطعام المسمى أجرة (لأن أوصافها) أى أوصاف الطعام و التانيث (٢) بتأويل الحنطة (أثمان) أراد أن المكيل و الموزون إذا كان موصوفاً غير مشار يثبت دينا فى الذمة فلا يشترط بيان الأجل كما فى سائر الأثمان و هذا احتراز عن الطعام إذا كان مسلماً فيه فان الطعام فيه مبيع مع كونه ديناً فاشترط تأجيله (و يشترط بيان مكان الايفاء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) إن كان له حمل و مؤنة (خلافاً لهما) أى لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و قد ذكرناه فى البيوع) أى فى باب السلم (و فى الكسوة يشترط بيان الأجل أيضاً) يعنى إذا استأجرها بثياب يشترط فيها جميع شرائط السلم من بيان الأجل (مع بيان القدر و الجنس) لأن وجوب الثياب ديناً فى الذمة عرف شرعاً بخلاف القياس فيقتصر على مورده و الشرع ورد بطريق السلم فيشترط جميع شرائط السلم (لأنه) أى لأن وجوب الكسوة (إنما يصير ديناً فى الذمة إذا صار مبيعاً و إنما يصير مبيعاً عند الاجل كما فى السلم قال و ليس للمستأجر أن يمنع زوجها) أى زوج الظئر (من وطئها لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن) أى المستأجر (من إبطال حقه) أى حق الزوج و به قال (٣) الشافعي فى وجه و أحمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى ليس له وطئها إلا برضى

---

(١) قال السغناقيّ الخ. أقول فيه بحث راجع له نتائج الأفكار ص٤٧ ج٨. (٢)و التانيث بتاويل الحنطة. أقول فيه نظر إذ لا شك أن المراد بالطعام فى مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة و غيرها فكيف يتم تاويل ذلك بالخاص فى مقام الاستدلال على العام و الحق عندى أن مرجع الضمير هو الطعام بتاويل كونه أجرة فى مسئلتنا هذه فالمعنى أن هذه الأجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها بخلاف الكسوة كذا قاله العلامة قاضى زادهٓ فى النتائج و العجب أن الشارح العلام العينيّ بعد أن قال فى تفسير قول المصنفّ و لا يشترط تأجيله أى تأجيل الطعام المسمى أجرة سلك فى تاويل تانيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التاويل بالحنطة و قد عرفت حاله. (٣)و به قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا فى المغنى ص٧٥ ج٦ و شرح الوجيزص١٠١ ج٦.

**ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لأن المنزل حقه فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها لأن لبن الحامل يفسد الصبي فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً**

المستأجر لأنه ينقص اللبن و قد يقطعه بالحبل قلنا الوطء حق مستحق له قبل العقد بعقد النكاح و هو باق فلا يسقط بأمر موهوم (ألا ترى) توضيح لما سبقه (أن له) أي لزوج الظئر (أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به) أي بعقد الإجارة (صيانة لحقه) أي لحق الزوج و به (١) قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و عنه في وجه لا يصح العقد بغير رضاه و به قال احمد رحمه الله تعالى و لو تزوج بعد عقد الاجارة له الفسخ بالإجماع و قيل إن كان الزوج ممن يشينه أن تكون إمرأته ظئراً فله الفسخ لدفع الضرر عنه و إلا لا و الأصح أن له ذلك مطلقاً و هذا إذا كان زوجها معروفاً فلو كان مجهولاً لا يعرف أنها إمرأته إلا بقولها فليس له الفسخ لأن العقد قد لزمها و قولها غير مقبول في حق المستأجر و لأنه تتمكن تهمة المراضعة مع هذا الرجل بأن يقر له بالنكاح ليفسخ الاجارة مع هذا الرجل و هو نظير المنكوحة إذا كانت مجهولة الحال فأقرت بالرق على نفسها فانها لا تصدق في إبطال النكاح (إلا أن المستأجر يمنعه) أي يمنع زوج المرضعة (عن غشيانها في منزله لأن المنزل حقه) أي حق المستأجر فلا يدخل إلا بإذنه (فإن حبلت) أي الظئر (كان لهم) أي لأهل الصغير (أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها لأن لبن الحامل يفسد الصبي فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً) و كذا إذا كانت سارقة يخاف منها على المتاع و كذا إذا تقيأ الصبي لبنها و كذا إذا كانت فاجرة بينة فجورها بخلاف (٢) ما إذا كانت كافرة حيث لا يفسخ لأن كفرها في إعتقادها و لا يضر ذلك بالصبي و كذا إذا أرادوا السفر فتأبى الخروج معهم فهو عذر و عذرها من مرض يصيبها لا تستطيع معه الإرضاع و كذلك إن لم تكن معروفة بالظؤرة فلها أن تفسخ و كذا إذا لم يكفوا عن إيذائها بألسنتهم كان لها الفسخ كذا في المبسوط (٣) و لو استأجر إمرأته لإرضاع ولده منها لا يجب الأجر و به قال الشافعي و القاضي الحنبلي رحمهما الله تعالى وقال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى يجوز قلنا هذا يجب عليها ديانة و إن كانت لا تجبر على ذلك كما لو استأجرها لكنس البيت أو الطبخ أو الغسل و غير ذلك و في المبسوط (٤) و لو

(١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز و المغني. (٢)بخلاف ما إذا كانت كافرة الخ. و يخالفه ما في الخانية إذا ظهرت الظئر كافرة أو مجنونة أو زانية أو حمقى فلهم فسخ الاجارة. (٣)المبسوط للسرخسيّ ص١٢٢ ج١٥. (٤)المبسوط للسرخسيّ ص١٢٨ ج١٥.

و عليها أن تصلح طعام الصبى لأن العمل عليها و الحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبى و إصلاح الطعام و غير ذلك فهو على الظئر أما الطعام فعلى والد الولد و ما ذكر محمد رحمه الله تعالى أن الدهن و الريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة و إن أرضعته في المدة بلبن شاة

---

استأجرها لارضاع ولدها منه بمال الولد وللولد مال صح فى رواية ابن رستم عن محمد و يكون لها الأجرة فى مال الولد و لو إستأجرها لإرضاع ولده من غيرها لا يجوز بلا خلاف و كان لها الأجر و لو استأجر خادمتها لترضع ولده منها لا يجب الأجر و لو استأجر مكاتبتها جاز و لو أرضعت خادمة الظئر الصبى فلها الأجر لأنه لم يشترط الارضاع بثديها بخلاف ما لو شرط الارضاع بنفسها كذا فى الذخيرة و قال أحمد و أبو ثور لا أجر لها كما لو سقته لبن الغنم و يجوز إستئجار أمته و أخته و ابنته لرضاع ولده و كذا سائر أقار به بلا خلاف (و عليها) أى على الظئر (أن تصلح طعام الصبى لأن العمل عليها) أى لأن العمل الراجع إلى منفعة الصبى على الظئر (و الحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف فى مثل هذا الباب) أراد أن الأصل فى الإجارة إذا وقعت على العمل فما كان من توابع ذلك العمل و لم يشترط فى الاجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف (فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبى و إصلاح الطعام و غير ذلك فهو على الظئر) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و عن الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه لا يلزمها قال تاج الشريعة أراد غسل الثياب عن البول و الغائط لا عن الدرن و الوسخ (أما الطعام فعلى والد الولد) أراد طعام الصبى (و ما ذكر محمد أن الدهن و الريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة) لأن توابع العقود ترجع إلى العادة و لهذا قالوا فيمن استأجر لبانا فالزنبيل و الملبن على صاحب اللبن للعرف و إن كان العرف فى بلد على خلافهم يؤخذ به و قالوا فى الخياط الخيط عليه و حط التراب على القبر على الحافر إن كان فى بلد يتعاملون به و قالوا فى الطباخ إذا استؤجر فى عرس إخراج المرق عليه فإن طبخ قدراً خاصة فليس عليه و هذا مبنى على العادة و إدخال الحمل المنزل فيما إذا تكارى الدابة فعلى ما يفعله الناس فأما الصعود به على السطح أو الغرفة فليس عليه إلا إذا شرط و لو كان حمالاً على ظهره فيجب عليه الادخال و ليس عليه الصعود به للعرف و أراد بالدهن الزيت غالباً لأن الصغير لا بد من دهنه بالزيت أحياناً و إن كان يتناول غيره من الأدهان و أراد بالريحان الآس فإن الصغير لا يستغنى عنه البتة و الريحان (١) اسم لكل نبت طيب الريح (و إن أرضعته فى المدة بلبن شاة

---

(١) الريحان الخ. و فى تاج العروس (الريحان) قد اختلفوا فى وزنه و أصله و هل ياؤه أصلية فموضعه مادتها =>

فلا أجر لها لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها و هو الارضاع فإن هذا إيجار

فلا أجر لها) هذا هو العذر الموعود قبله بقوله و سنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة و قال صاحب العناية و هذا دليل ظاهر على ما قدمنا فانه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن و لهذا لو أوجر الصبى بلبن الظئر فى المدة لم تستحق الأجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه الارضاع و العمل دون العين و هو اللبن قلت قد مر الجواب عن هذا على أن السغناقىؒ قال يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عن شمس الأئمة رحمه الله تعالى فإن قلت الظئر أجير خاص أو أجير مشترك قلت دل كلام مصنف المبسوط أنها أجير خاص حيث قال لو ضاع الصبى فى يدها أو وقع فمات أو سرق من حلى الصبى أو من متاعه أو ثيابه شىء فى يدها لم تضمن الظئر لأنها بمنزلة الأجير الخاص لورود العقد على منافعها فى المدة ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل و الأجير الخاص أمين فيما فى يده اه و دل كلام صاحب الذخيرة أنه يجوز أن تكون خاصاً و أن تكون مشتركاً حيث قال و إن آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم و لا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الاجارة فأرضعت كل واحد منهما و فرغت فقد أثمت و هذه جناية منها و لها الأجر كاملاً على الفريقين اه و هذا يدل على أنها تحتملها فباعتبار أنها تستحق الأجر منهما كملا كالأجير المشترك و باعتبار أنها أثمت بما فعلته كالأجير الخاص و فيه نظر لا يخفى و قال علاء الدين الاسبيجابىؒ فى شرح الكافى و المسائل متعارضة فى هذا الباب بعضها يدل على أنها فى معنى أجير الوحد و بعضها يدل على أنها فى معنى الأجير المشترك و الصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهى أجير مشترك و إن حملها إلى منزله فهى أجير وحد و قال الكرخىؒ فى مختصره و الظئر بمنزلة الأجير الخاص و ليس لها أن تؤجر نفسها من غير الاولين (لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها و هو الارضاع فان هذا (١) إيجار

=> كما هو ظاهر اللفظ أو مبدلة عن واو فيحتاج إلى موجب إبدالها ياء هل هو التخفيف شذوذا أو أصله رويحان فأبدلت الواو ياء ثم أدغمت كما فى تصريف سيد ثم خفف فوزنه فعلان أو غير ذلك قاله شيخنا و هو (نبت طيب الرائحة) من أنواع المشموم واحدته ريحانة قال:

بريحانة من بطن حليه نوّرت لها أرج ما حولها غير مسنت

و الجمع رياحين (أو) الريحان (كل نبت كذلك) قاله الازهرىؒ (أو أطرافه) أى أطراف كل بقل طيب الريح إذا خرج عليه أوائل النور (أو) الريحان فى قوله تعالى و الحب ذو العصف و الريحان قال الفراءؒ العصف ساق الزرع و الريحان (ورقه) اه. (١)فان هذا إيجار الخ. أقول لقائل أن يقول إن كان هذا إيجارًا لا إرضاعا فلا معنى لقول الماتن "و إن أرضعته" بل عليه أن يقول "و إن وجرته" بدله و إن كان إرضاعا فكيف يقول المصنفؒ هذا إيجار و ليس بارضاع؟ و الجواب أن هذا من باب المشاكلة و هو ذكر الشىء بلفظ الشىء غيره لوقوعه فى صحبته كقوله =>

و ليس بإرضاع و إنما (١) لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل قال و من دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف فله أجر مثله

و ليس بارضاع) قوله إيجار (٢) مصدر أوجرته إذا صببت في وسط فمه دواء و كذا وجرته و الوجور بفتح الواو اسم لتلك الدواء (و إنما لم يجب الأجر لهذا المعنى) و هو المعنى الذى ذكره من قوله لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها إلى آخره (أنه اختلف العمل) بفتح همزة أن لأنها بدل من المعنى و فى بعض النسخ و هو أنه و فى بعضها لأنه و الصحيح الذى ضبطه مشايخنا هو الأول و قال الاسبيجابىؒ فى شرح الكافى و لو استأجر ظئراً ترضع صبياً فى بيتها فجعلت تؤجر بلبن الغنم و تغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين و لها لبن لم ترضعه منه بشىء أو ليس لها لبن فلا أجر لها لأنها لم ترضعه فإن جحدت ذلك و قالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها إلا أن تقوم البينة على خلاف ذلك فيؤخذ بها لأنها أقوى و إن أقاما جميعاً البينة أخذت بينتها لأنها تثبت إستحقاق الأجر عليه و إن استأجرت له ظئراً فان أرضعته كان مثل هذا فى القياس و لكنى استحسن أن يكون لها الأجر (قال) أى محمدؒ فى الجامع الصغير (و من دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف) فالاجارة فاسدة فلذلك قال (فله أجر مثله) أى فللحائك أجر مثله لأن هذا حكم الاجارة الفاسدة و فى المبسوط حكى الحلوانىؒ عن استاذه أبى على النسفىؒ أنه كان يفتى بجواز دفع الثوب إلى الحائك لينسجه بالنصف فى دياره نسف لأن فيه عرفاً ظاهراً و كذا مشايخ بلخؒ يفتون بجواز هذه الاجارة من الثياب للتعامل و القياس قد يترك بالتعامل كما فى الاستصناع قال و الأصح عندى أن ما ذكره فى الكتاب أصح لأن هذا فى معنى قفيز الطحان على ما يجىء عن قريب و قالوا فى شروح الجامع الصغير و كذا إذا استأجر حماراً أو رجلاً يحمل طعاماً بقفيز منه محمولاً و كذا لو استأجر طحانا يطحن طعاما بقفيز دقيق فالاجارة فاسدة و يجب أجر المثل و

=> قلت إطبخوا لى جبة و قميصا

فذكر الماتن الايجار بلفظ الارضاع لوقوعه فى صحبته كذا فى تكملة الطورى. (١)و إنما.ن.فانما. (٢)ايجار الخ. و فى تاج العروس مادة وجر (الوجور) بالفتح (الدواء يوجر فى) وسط (الفم) قاله الجوهرىؒ و قال غيره مآء أو دواء فى وسط حلق صبى و قال ابن سيده الوجور من الدواء فى أىّ الفم كان و قال ابن السكيت الوجور فى أىّ الفم كان و اللدود فى أحد شقيه (و يضم وجره وجرا) و أوجر إياه جعله فى فيه (و أوجره الرمح) لا غير (طعنه به فى فيه) و هو مجاز و أصله من ذلك و قال الليث أوجرت فلانا بالرمح إذا طعنته فى صدره و قال ابو عبيدة أوجرته المآء و الرمح و الغيظ أفعلت فى هذا كله (و توجر الدواء بلعه) شيئا بعد شىء (و) توجر (المآء شربه كارها) عن ابى خيرة (و الميجر و الميجرة كالمسعط يوجر به الدواء) و اسم ذلك الدواء الوجور اه.

قال الفقيه أبو الليث هذا الذى ذكره محمد قول علمائنا المتقدمين و كان مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصير بن يحيى و محمد بن سلمة رحمهما الله تعالى و فى خلاصة الفتاوى رجل دفع إلى حائك غزلاً و أمره بأن ينسج له ثوباً و بين صفته على أن ربعه أو ثلثه للحائك أجراً لعمله لم يجز و كان القاضى الامام أبو على النسفى يفتى بجوازه بنفسف بحكم العرف قال و الفتوى على جواب الكتاب و فى صحيح البخارى قال ابراهيم و ابن سيرين و عطاء و الحكم و الزهرى و قتادة رحمهم الله تعالى لا بأس أن يعطى الثوب بالثلث و الربع ونحوه قال صاحب العناية فإن قيل إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لا لأنه فى معناه من كل وجه يعنى فى معنى قفيز الطحان فكان ثابتا بدلالة النص و مثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما فى معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ فى الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك فى موضعه انتهى قلت قال تاج الشريعة كان تجويز هذه يعنى بها الإجارة التى أفتى بها مشايخ بلخ و أبو على النفسى رحمهم الله تعالى بطريق تخصيص دلالة النص الذى ورد فى قفيز الطحان لا فى الحائك الذى يحوك الثوب ببعضه غير أن الحائك نظيره فيكون النص واردا فيه دلالة فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص فى الحائك و عملنا فى قفيز الطحان كان تخصيصاً لدلالة النص لا تركاً للنص أصلاً انتهى فهذا صريح أن دلالة النص تخص و التخصيص لا يكون إلا فى العموم على أنا نقول إن هذا الحديث الذى يتمسكون به تارة بعمومه و تارة بخصوصه غير صحيح قال ابن قدامة فى المغنى و هذا الحديث لا نعرفه و لا يثبت عندنا صحته و قال الشيخ شمس الدين ابن القيم هذا الحديث لا يثبت بوجه مع أن لفظ الحديث نهى عن عسب الفحل و عن قفيز الطحان على ما نبينه عن قريب و قوله نهى مبنى لما لم يسم فاعله و لا يلزم أن يكون الناهى هو رسول الله ﷺ و أى فرق بين أن يستأجره ليطحن له حنطة بقفيز حنطة أو بقفيز من طحين غيرها بل هذا فرق صورى لا تأثير له و لا يتعلق بذلك مفسدة قط لا جهالة و لا ربا و لا غرر و لا منازعة و لا ضرر و أى غرر أو مفسدة فى أن يدفع إليه غزله لينسجه ثوباً بذراع منه أو زيتوناً ليعصرها زيتاً بجزء معلوم منه و أمثال ذلك مما هو مصلحة للمتعاقدين فقد لا يكون معه أجرة سوى ذلك الغزل أو الحب و يكون الآخر محتاجاً إليه و قد تراضيا بذلك فجوازه على وفاق القياس و حاجة الناس و هو قول عطاء و الزهرى و أيوب و يعلى بن حكيم و قتادة و أحمد و إسحاق رحمهم الله تعالى و احتج أحمد رحمه الله تعالى بحديث جابر رضى الله تعالى عنه

و كذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه فالاجارة فاسدة لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان و قد نهى النبي عليه الصلاة و السلام عنه

---

أن النبي عليه الصلاة و السلام و اعطى خيبر على الشطر ولم يثبت عن الشارع ما يمنع منه و لا يترتب عليه شيء من الفساد بل هو ملصحة محضة و المصنف أيضاً لم يقم دليلاً على ما ادعاه من الفساد سوى أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر و هو بعض المنسوج أو المحمول و حصوله بفعل الأجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره و هذا لا يقوى فإن المزارع يأخذ جزءاً من الخارج و المضارب جزءاً من الربح و المعنى المذكور موجود في كل منهما بل هذا أولى بالجواز من المضاربة و المزارعة فإن الذي يوخذ منه الجزء هنا محقق الوجود و هناك معدوم على خطر الوجود و لم يكن هذا المعنى مانعاً من جواز المزارعة و المضاربة فهنا أحق و أولى أن لا يمنع (و كذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه فالإجارة فاسدة لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان) فإذا كان في معناه صار حكمه كحكمه (و قد نهى النبي عليه الصلاة و السلام عنه) أي نهى النبي عليه الصلاة و السلام عن قفيز الطحان أخرجه (١) الدارقطني ثم البيهقي في سننيهما

---

(١) أخرجه الدارقطني في البيوع ص ٤٧ ج ٣ و البيهقي فيه باب النهي عن عسب الفحل ص ٣٣٩ ج ٥. قال الذهبي في "الميزان" راويه (يعني هشام) لا يعرف و حديثه منكر اه. و قال ابن حجر في "اللسان" ذكره ابن حبان في الثقات اه. و قال في "الدراية" بعد إخراج الحديث في إسناده ضعف اه. و قال الشوكاني في النيل قال مغلطائي هشام ثقة اه و قال الحافظ في التلخيص قال المغلطائي هو ثقة فينظر فيمن وثقه ثم وجدته في ثقات ابن حبان اه. و قال المحدث النقاد العثماني في الاعلاء باب قفيز الطحان ص ١٨١ ج ١٦ أقول الحديث احتج به الحنفية و الشافعي و مالك و الليث رحمهم الله تعالى على عدم جواز أن تكون الأجرة بعض المعمول بعد العمل. و طعن فيه المخالفون بالنكارة و جهالة الراوي و الجواب أن النكارة أمر يختلف باختلاف الاجتهاد فيمكن أن يكون الحديث منكرا عند بعض دون بعض و كذا الجهالة تختلف باختلاف الأشخاص فيمكن أن يكون الراوي مجهولا عند بعض دون بعض فطعن البعض ليس بحجة على غيره. و معنى قفيز الطحان عندنا أن يجعل صاحب الطعام للطحان قفيزا مما يطحن أجرة لطحنه و قال ابن المبارك صورته أن يقال للطحان إطحن بكذا و كذا و زيادة قفيز من نفس الطحين (نيل الأوطار ٥ ١٧٠) و هو أيضا راجع إلى ما قلنا

تحقيق حديث النهي عن قفيز الطحان و تجويد إسناده و تصحيح متنه

قال العبد الضعيف و لم ينفرد به هشام بل تابعه عطاء بن السائب عند الطحاوي في "مشكله". قال حدثنا سليمان بن شعيب الكيساني حدثنا أبي حدثنا أبو يوسف عن عطاء بن السائب عن ابن أبي نعم عن بعض أصحاب النبي ﷺ عن النبي ﷺ أنه نهى عن عسب التيس و كسب الحجام و قفيز الطحان (٢ ٣٠٦) وهذا سند جيد قال و حدثنا أحمد بن أبي عمران (وثقه ابن يونس في "تاريخه" و قال الخطيب كان مكينا من العلم حسن الدراية و كان أحد الموصوفين بالحفظ) حدثنا الحسن بن عيسى بن ما سرجس مولى ابن المبارك (هو أبو علي = >

.............................................

.............................................

=> النيسا بورى من رجال مسلم و أبي داؤد و النسائي ثقة) قال و حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح المصرى روى عن أبيه و أبي صالح المصرى و سعيد بن أبي مريم و نعيم و أصبغ بن الفرج و غيرهم (قال ابن أبي حاتم كتبت عنه وكتب عنه أبي و تكلموا فيه و قال ابن يونس كان عالما بأخبار البدو بموت العلماء و كان حافظا للحديث اه من "التهذيب" (٢٥٧١١) روى عنه ابن ماجه و إسحاق بن إبراهيم العذرى و أبو القاسم الطبراني و غيرهم و وهم محشي مشكل الآثار فقال لم يوجد) حدثنا نعيم بن حماد ثنا ابن المبارك عن سفيان هو الثورى عن هشام بن كليب عن ابن أبي نعم عن أبي سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه قال "نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل و عن قفيز الطحان" اه. و قد أورده عبد الحق في "الأحكام" بلفظ "نهى النبي ﷺ" و تعقبه ابن القطان بأنه لم يجده إلا بلفظ البناء لما لم يسم فاعله قال فإن قيل لعله يعتقد ما يقوله الصحابي مرفوعا قلنا إنما عليه أن ينقل لنا روايته لا رأيه و لعل من يبلغه يرى غير ما يراه من ذلك فإنما يقبل فيه نقله لا قوله انتهى كلامه (الزيلعي٢٠٢٤) قلت فقد نقلنا لك روايته من طريقين كلاهما بلفظ "نهى رسول الله ﷺ" كما تراه. و قال الحافظ في "التلخيص" وقع في سنن البيهقي مصرحا برفعه لكنه لم يسنده اه. قلت ولكن الطحاوى ذكره مرفوعا مسندا من وجهين فزال الإشكال و ارتفع القيل و القال و ثبت صحة الحديث لمجيئة من وجهين يشيد أحدهما الآخر و لله الحمد. قال الطحاوى فوجدنا أهل العلم لا يختلفون أن معناه ما كانوا يفعلون في الجاهلية و ما يفعله أهل الجهل إلى يومنا هذا من دفع القمح إلى الطحان على أن يطحنه لهم بقفيز من دقيقه الذى يطحنه منه فكان ذلك إستجارا من المستأجر بما ليس عنده إذ كان دقيق قمحه ليس عنده في الوقت الذى استأجر و كان في ذلك ما قد دل أن الإستجار لا يكون بما ليس عند المستأجر يوم يستأجر كما لا يكون الابتياع بما ليس عند المبتاع يوم يبيع من الأشياء التى ليست عنده إلا أن كان كالدراهم و كالدنانير من ذوات الأمثال التى قد تكون عينا في الذمم اه (٣٠٧١) و حاصله أنه إذا كان قفيز الدقيق من هذا القمح بعينه هو الأجر و لا يقدر عليه المستأجر إلا بفعل الطحان كان المستأجر عاجزا عن التسليم ألبتة فلا يجوز الإجارة كذلك كما إذا بيعت عين بعين و العين العوض غائبة معدومة ليست حاضرة و لا موجودة عند البيع فافهم.

**الجواب عن إيراد الموفق علينا في هذا الباب**

قال الموفق في "المغنى" قال ابن عقيل "نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان و هو أن يعطى الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها و علة المنع أنه جعل بعض معموله أجرا لعمله فيصير الطحن مستحقا له عليه". قال الموفق و هذا الحديث لا نعرفه و لا يثبت عندنا صحته و قياس قول أحمد رحمه الله تعالى جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل اه (١١٩٥). قلت قد عرفه ابن عقيل و الدارقطني و الطحاوى و البيهقي و عبد الحق في "أحكامه" و كفى بهم قدوة و العارف حجة على من لم يعرف و أما الصحة فقد أثبتناها لأنه رواه الطحاوى من طريق أبي يوسف بسند جيد عن بعض أصحاب النبي ﷺ مرفوعا و جهالة الصحابي لا تضر إجماعا و رواه من طريق ابن المبارك عن أبي سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه و ليس فيه إلا هشام أبي كليب متكلم فيه وثقه ابن حبان و مغلطائي و لم يجرحه أحد غيرهما بجرح مفسر فلا عبرة به كما مر في "المقدمة" و أيضا فإن القياس يأبى جواز الإجارة بقفيز الطحان للمعنى الذى ذكره ابن عقيل و للمعنى الذى ذكره الطحاوى.

و هو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه و هذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما فى ديارنا و المعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر و هو بعض المنسوج أو المحمول و حصوله بفعل الأجير فلا يعدّ هو قادراً بقدرة غيره و هذا

---

عن عبيد الله بن موسى ثنا سفيان عن هشام أبى كليب عن ابن أبى نعم البجلى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه قال نهى عن عسب الفحل و عن قفيز الطحان و أخرجه أبو يعلى الموصلىؒ فى مسنده عن ابن المبارك ثنا سفيان به و ذكره عبد الحقؒ فى أحكامه من جهة الدارقطنىؒ و قال فيه نهى رسول الله ﷺ هكذا مبنياً للفاعل كما قاله المصنفؒ و تعقبه ابن القطانؒ فى كتابه و قال إنى تتبعته فى كتاب الدارقطنىؒ من كل الروايات فلم أجده إلا هكذا نهى عن عسب الفحل و قفيز الطحان مبنيا للمفعول (و هو) أى قفيز الطحان أى تفسيره (أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه) و كذالو استأجر رجلاً ليطحن له هكذا و الحيلة فى جواز ذلك أن يشترط صاحب الحنطة قفيزاً من الدقيق الجيد و لا يقول من هذه الحنطة لأن الدقيق إذا لم يكن مضافاً إلى حنطة بعينها يجب فى الذمة ثم إذا طحن يعطيه صاحب الحنطة من دقيق هذه الحنطة إن شاء فيجوز (و هذا أصل كبير) أى جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير أصل عظيم (يعرف به فساد كثير من الإجارات) كما إذا استأجره ليعصر له سمسماً بمن من دهنه و كذا إذا دفع أرضه ليغرس شجراً على أن يكون الأرض و الشجر بينهما نصفين لم يجز و الشجر لرب الأرض و عليه قيمة الشجر و أجر ما عمل و كذا لو استأجر امرأة لتغزل هذا القطن أو هذا الصوف برطل من الغزل و كذا على هذا اجتناء القطن بالنصف و دياس الدخن بالنصف و حصاد الحنطة بالنصف و نحو ذلك و كل ذلك لا يجوز (لا سيما فى ديارنا) أى خصوصاً فى ديارنا و دياره بلاد فرغانة وراء جيحون و مدينته مرغينان و هى من بلاد فرغانة (و المعنى فيه) أى المعنى الفقهى فى عدم جواز ذلك (أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر) لأن المسمى غير مقدور التسليم عند العقد (و هو بعض المنسوج) فى مسألة الحائك (أو المحمول) أى بعض المحمول فى مسألة إستئجار الحمار لحمل الطعام و ليس له حكم الوجود لأنه غير واجب فى الذمة فكان معدوماً فيعجز عن تسليمه لأن وجوده (و حصوله بفعل الأجير فلا يعد هو) أى المستأجر (قادراً بقدرة غيره) إذ العبرة لقدرة نفسه و فى مبسوط صدر الإسلامؒ و جامعه معنى النهى فى قفيز الطحان و نظائره أنه جعل شرط صحة العقد بناء على حكم العقد لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بعد العمل و شرط العقد لا يجوز أن يكون حكم العقد لأنه خلاف وضع الشرع إذ الشرط يسبقه و الحكم يعقبه (و هذا) أى و هذا الذى ذكرناه من فساد الإجارة فيما إذا استأجر حماراً ليحمل

**بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجر فى الحال بالتعجيل فصار مشتركاً بينهما و من استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر لأن ما من جزء يحمله إلا و هو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه و لا يجاوز بالأجر قفيزاً لأنه لما فسدت الاجارة فالواجب الأقل مما سمّى و من أجر**

---

عليه طعاما بقفيز منه (بخلاف ما إذا استأجره) أى الحمار (ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب (١) له الأجر) هذه من مسائل إجارات الجامع الكبير و هنا مسألة أخرى و هى ما إذا استأجر رجلاً ليحمل له كرحنطة إلى بغداد مثلاً بنصفه كانت الإجارة فاسدة و له أجر مثله إن بلغ بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكر عندنا و الفرق بينهما أن الحنطة هنا صارت محمولة بعمل الأجير فكان فى معنى قفيز الطحان فيكون فاسداً فيجب أجر المثل و أما فى مسألة الكتاب فلما أشار إليه (لأن المستأجر) بفتح الجيم و هو الأجير (ملك (٢) الأجر فى الحال بالتعجيل) لأن تسليم الأجرة بحكم التعجيل يوجب الملك فى الأجرة (فصار) أى الطعام (مشتركا بينهما) أى بين المستأجر و الأجير (و من استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما) أى بين الموجر و المستأجر (لا يجب الأجر لأن ما من جزء يحمله إلا و هو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) و فيه خلاف الشافعى رحمه الله تعالى (و لا يجاوز بالأجر قفيزاً) هذا يتصل بقوله و كذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه و انتصاب قفيزاً على المفعولية و الفاعل هو قوله بالأجر على رأى من يجوز اسناد الفعل إلى الجار و المجرور هذا إذا كان لا يجاوز على البناء للمفعول و إذا كان على البناء للفاعل يكون الفاعل هو الضمير فى لا يجاوز الراجع إلى المستأجر و يكون الباء للمصاحبة و التقدير لا يجاوز المستأجر مع الأجر قفيزا الذى كان أجره (لأنه لما فسدت الإجارة فالو اجب الأقل مما سمّى و من أجر

---

(١)لا يجب له الأجر لا المسمى و لا أجر المثل كذا فى العناية. (٢)ملك الأجر فى الحال الخ. قال الزيلعىّ فى التبيين و فيه إشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة و الأجرة لا تملك إلا فى الصحيحة منها بالعقد سواء كانت عينا أو دينا على ما بينا فكيف تملك هنا من غير تسليم و من غير شرط التعجيل. الثانى أنه قال ملكه فى الحال و قوله لا يستحق الأجر ينافى الملك لأنه لا يملك إذا ملك بطريق الاجارة فاذا لم يستحق فكيف يملك و بأىّ سبب يملك؟ اهـ. و أجاب الطورىّ فى تكملة البحر حيث قال و الجواب عن الأول أنه ملك هنا بالتعجيل و التسليم كما صرح هو به فى تقريره و صرح به صاحب النهاية و معراج الدراية حيث قالا دفع إليه. و الجواب عن الثانى أنه لا منافاة بين قوله ملكه فى الحال و بين قوله لا يستحق الأجر و لا يجب الأجر لأن معنى ملكه فى الحال يعنى ابتداء بموجب العقد و تسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل و معنى لا يستحق الأجر لبطلان العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجر بالتسليم بسبب أنه صار شريكا فى الطعام اهـ.

المثل لأنه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال و من استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في الاجارات هو جائز لأنه يجعل المعقود

المثل لأنه) أى لأن موجر الحمار (رضى بحط الزيادة) أى الزيادة على احدهما من المسمى و من أجر المثل أما رضاه المسمى فعقده عليه و أما رضاه بأجر المثل فإقدامه على الإجارة الفاسدة (و هذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى لأن المسمى هناك) و هو نصف الحطب (غير معلوم فلم يصح الحط) و أما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فلا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك لأنه قد رضى بنصف المسمى حيث اشتركا (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم) قوله المخاتيم و هو جمع مختوم و هو الصاع بعينه و يشهد عليه حديث الخدرى رضى الله تعالى عنه الوسق ستون مختوماً و سمى به لأنه يجعل على أعلاه خاتم مطبوع كيلا يزاد و لا ينقص و في المبسوط المختوم و القفيز واحد قوله هذه مفعول لقوله ليخبز و العشرة صفته و المخاتيم مجرور بالإضافة كما في قولك الخمسة الاثواب على رأى الكوفيين و قوله اليوم نصب على الظرف أى في اليوم و قوله بدرهم يتعلق بقوله استأجر (فهو فاسد) أى عقد هذه الإجارة فاسد (و هذا) أى فساد هذا العقد (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في الإجارات) أى في كتاب الاجارات من المبسوط (هو جائز) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و إنما قيد قولهما بهذا القيد لأنه لم يذكر قولهما في الجامع الصغير و في المبسوط قولهما (١) استحسان (لأنه يجعل المعقود

(١) قولهما استحسان. و في الشامية و ظاهر كلام الزيلعيّ ترجيح قولهما و هذا إذا أخر الأجرة أما إذا وسطها فالمعقود عليه المتقدم لتمام العقد بذكر الأجر ثم المتأخر إن كا وقتا فللتعجيل و إن كان عملا فلبيان العمل في ذلك الوقت فلا يفسد كما نقله ابن الكمالّ عن الخانية و مثله في القسهتاني عن الكرماني و زاد عن المنية و إذا قدمها فسد أيضا. ثم اعلم أن هذا الخلاف أيضا فيما إذا كان العمل مبين المقدار معلوما حتى يصلح لكونه معقودا عليه فيزاحم الوقت فيفسد (و لذا قال ليخبز له هذه العشرة المخاتيم) فلو لم يبين صح لأنه لجهالته كأنه لم يذكر إلا الوقت كما إذا استأجر رجلا يوما ليبنى له بالآجر و الجص جاز بلا خلاف فلو بين العمل على وجه يجوز إيراد العقد عليه بأن بين قدر البناء لا يجوز عند الامامّ كما ذكره في الأصل و حينئذ فلا يشكل ما سيأتى في بحث الأجير الخاص لو استأجره شهرا لرعى الغنم بكذا صح مع أن فيه الجمع بين المدة و العمل لأنه لم يبين قدر الغنم المرعى كما نبّه عليه العلامة الطوريّ فاحفظه.

**عليه عملا و يجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد فترتفع الجهالة و له أن المعقود عليه مجهول لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها و ذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه و لا ترجيح و نفع المستأجر في الثاني و نفع الأجير في الأول فيفضي إلى المنازعة و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه تصح الاجارة إذا قال في اليوم و قد سمّى عملا لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم**

---

عليه عملا) لأن العمل هو المقصود في الإجارات (و يجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في اسرع الأوقات حتى لو فرغ منه في نصف النهار كان له الأجر كاملا و لو لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لأنه صار أجيراً مشتركاً و الحمل على هذا مما لا بد منه (تصحيحاً للعقد فترتفع الجهالة) بما ذكرناه من الحمل (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن المعقود عليه مجهول) لأنه ذكر شيئين مختلفين يصلح كل واحد منهما ان يكون معقوداً عليه (لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها و ذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح) لأحدهما على الآخر في الأولوية (و نفع المستأجر في الثاني) و هو كون العمل معقوداً عليه حتى لا يجب الأجر عليه إلا بتسليم العمل إليه (و نفع الأجير في الاول) و هو كون ذكر الوقت موجباً لكون المنفعة معقوداً عليها حتى يستحق الأجر بمجرد تسليم النفس في المدة و إن لم يعمل فجاز أن يطلب الأجير أجره نظراً إلى الأول و يمنعه المستأجر نظراً إلى الثاني (فيفضي إلى المنازعة) فإن قيل ما الفرق بين هذه و بين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم و إن خطته غداً فلك نصف درهم فان أبا حنيفة رحمه الله تعالى أجاز الشرط الأول و جعل ذكر الوقت للتعجيل و بينهما و بين ما إذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الإجارة فيها جائزة بالإجماع أجيب في الفرق بينها و بين الأولى بأن دليل المجاز و هو نقصان الأجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت إلى المجاز الذى هو التعجيل و ليس في مسألتنا ما يصرفه عنها فلا يصار إلى المجاز و كذلك بينها و بين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطاً دل على أن مراده التعجيل يؤيده ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قوله (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه تصح الإجارة إذا قال في اليوم و قد سمّى عملا) أي سمّى المعقود عليه عملا (لأنه للظرف) أي لأن في للظرف لا للمدة و المظروف لا يستغرق الظرف فكأنه قال إن عملت في بعض اليوم و ذلك يفيد التعجيل (فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم) لأنه للمدة لأنه بدون في

و قد مر مثله في الطلاق قال و من استأجر أرضاً على أن يكربها و يزرعها أو يسقيها و يزرعها فهو جائز لأن الزراعة مستحقة بالعقد و لا يتأتى الزراعة إلا بالسقى و الكراب فكان كل واحد منهما مستحقاً و كل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فإن شرط أن يثنيها أو يكرى أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة و انه ليس من مقتضيات العقد و فيه منفعة لأحد المتعاقدين و ما هذا حاله يوجب الفساد و لأن مؤاجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة و هو منهي عنه

---

فيستغرق جميع الظرف فيصلح أن يكون معقوداً عليه و يلزم الجهالة و قال تاج الشريعة إذا لم يذكر حرف في يستوعب الظرف فبالنظر إلى قوله ليخبز له هذه العشرة المخاتيم يكون المعقود عليه هو العمل و بالنظر إلى قوله اليوم يكون المعقود عليه هي المنفعة فجهل المعقود عليه ففسدت الإجارة (و قد مر مثله في الطلاق) أى في فصل إضافة الطلاق إلي الزمان في مسئلة أنت طالق في غد و قال نويت آخر النهار (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من استأجر أرضا على أن يكربها) من كرب (١) الارض كراباً قلبها للحرث من باب طلب يطلب (و يزرعها أو يسقيها و يزرعها فهو جائز لأن الزراعة مستحقة بالعقد و لا يتأتى الزراعة إلا بالسقى و الكراب فكان كل واحد منهما مستحقاً و كل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد) لأن الشرط الملائم لا يفسد العقد (فان شرط أن (٢) يثنيها) من التثنية (أو يكرى) أى يحفر من الكرى و هو الحفر (أنهارها أو يسرقنها) من سرقنت الارض إذا جعلت فيها السرقين و يسمى السرجين و هو الزبل (فهو فاسد) أى فالعقد فاسد (لأنه يبقى أثره) أى أثر كل واحد من المذكورات و هى التثنية و الكرى و السرقنة (بعد انقضاء المدة و انه ليس من مقتضيات العقد و فيه منفعة لأحد المتعاقدين) و هو رب الارض (و ما هذا حاله يوجب الفساد و لأن مؤاجر الارض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة و هو منهي عنه) أى كون الصفقتين في صفقة منهي

---

(١) كرب الأرض الخ. و في تاج العروس (الكرب) على وزن الضرب مجزوم .(إثارة الأرض) للحرث و كرب الأرض يكربها كربا قلبها و أثارها (للزرع) و في الصحاح للزراعة و بخطه في الحاشية للحرث (كالكراب) بالكسر اهـ. (٢)أن يثنيها أى يثنى حرثها على حذف مضاف كذا في الشامية و في المغرب ثنيت الأرض ثنيا كربتها مرتين و ثلثتها كربتها ثلاثا فهى مثنية و مثلوثة و قد جآء في كلام محمد (بن الحسن) رحمه الله تعالى التثنية و الثنيان بمعنى الثنى (بالكسر و القصر) و من فسر التثنية بالكراب بعد الحصاد أو برد الأرض إلى صاحبها مكروبة فقد سها اهـ.

ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة و لا شبهة في فساده و قيل أن يكربها مرتين و هذا في موضع يخرج الأرض الريع بالكراب مرة و المدة سنة واحدة و إن كانت ثلاث سنين لا يبقى منفعته و ليس المراد بكرى الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه يبقى منفعته في العام القابل قال و إن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه

عنه أى نهى عنه رسول الله ﷺ روى (١) أحمد رحمه الله تعالى في مسنده ثنا حسن و ابو النضر و اسود بن عامر قالوا ثنا شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة قال اسود قال شريك قال سماك الرجل يبيع البيع فيقول هو بنساء بكذا و بكذا و هو بنقد بكذا و بكذا و قد مر الكلام فيه مستوفى في البيوع (٢) (ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها) أى الأرض (مكروبة و لا شبهة في فساده) لأنه شرط لا يقتضيه العقد لأن الزراعة لا تتوقف عليه (و قيل أن يكربها) أى الأرض (مرتين و هذا في موضع يخرج الأرض الريع بالكراب مرة و المدة) أى مدة الاجارة (سنة واحدة) فاذا كان كذلك يفسد العقد ايضاً لأن فيه منفعة لأحدهما (و إن كانت) أى المدة (ثلاث سنين لا يبقى منفعته) أى منفعة الكراب الثاني فلا يفسد العقد لأنه من مقتضيات العقد و كذا إذا كان الكراب مرتين و المدة سنة و لكن لا تخرج الارض الريع إلا بالكراب مرتين لأنه ليس فيه منفعة لأحدهما و قد ذكر الفقيه ابو الليث عن مشايخنا أنهم قالوا هذا الجواب في بلادهم أما في بلاد الخضرة تجوز المزارعة بهذا الشرط لأن منفعة التثنية في بلاد الخضرة لا تبقى بعدانقضاء المدة فان الأرض و ان كربت مراراً قلما تبقى منفعتها إلى العام الثاني (و ليس المراد بكرى الأنهار الجداول) و هو جمع جدول و هو النهر الصغير (بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح) احترز به عن قول من قال المراد بالأنهار الجداول و هو قول خواهر زاده و به كان يفتى فإنه كان سوى بين الأنهار و بين الجداول عملا باطلاق لفظ الكتاب (لأنه يبقى منفعته) أى منفعة كرى الأنهار العظام (في العام القابل) و منفعة الجداول لا تبقى إلى العام القابل كذا ذكره المحبوبي فكان المستأجر هو المنتفع بالجداول خاصة و هو واجب على المستأجر بدون الشرط فكان شرطاً يقتضيه العقد فلا يفسد به و صاحب المحيط اختار القول الذى نفاه المصنف (قال) أى محمد في الجامع الصغير (و إن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه) أى لا يجوز أصلاً هكذا فسره غالب الشراح و لم يبين أحد منهم وجه العدول عن لفظة لا يجوز أو يفسد إلى هذه اللفظة إلا تاج الشريعة فإنه قال من داب محمد رحمه الله تعالى

(١) روى احمد في مسند عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه ص ٦٥٧ ج ١. (٢) البيوع باب البيع الفاسد. البناية ص ٢٨٦ ج ١٠.

و قال الشافعيؒ هو جائز و على هذا إجارة السكنى بالسكنى و اللبس باللبس و الركوب بالركوب له أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين و لنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة و إلى هذا أشار محمد رحمه الله تعالى

---

انه يذكر لا خير فيما لم يجد نصاً صريحاً فى فساده ليكون بيان الفساد بطريق الإقتضاء لا بالإفصاح فإن قلت ما وجه تفسير لا خير بلا يجوز أصلاً قلت لأن لا لنفى الجنس فإذا انتفت الخيرية من كل وجه انتفى الجواز أصلاً (و قال الشافعي رحمه الله تعالى هو جائز) اختلف جنس المنفعة أو اتفق و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (و على هذا ) أى و على هذا الخلاف (إجارة السكنى بالسكنى و اللبس باللبس و الركوب بالركوب) بأن آجر داره ليسكنها بسكنى (١) دار أخرى أو ثوبه ليلبسه بلبس ثوب آخر أو دابته ليركبها بركوب دابة أخرى (له) أى للشافعي رحمه الله تعالى (أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الاجارة بأجرة دين) على المؤجر و لو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين و هو لا يجوز أشار إليه بقوله (و لا يصير ديناً بدين) أى لا يصير الإجارة بأجرة دين دينا بدين (و لنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء) بفتح النون مع المد أى التأجيل (عندنا) أى عند معاشر الحنفية (فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة) أى صار حكم هذه الإجارة كحكم بيع الثوب القوهى بالثوب القوهى إلى أجل و هو بضم القاف و سكون الواو و كسر الهاء نسبة إلى قوهستان كورة من كور فارس و إنما لم يجز البيع ههنا لأن أحد وصفى علة الربا كاف فى حرمة النساء و هو الجنس فكذا فى المنافع إذا وجد فيها الجنس يحرم النساء (و إلى هذا أشار محمد رحمه الله تعالى) أى إلى ما ذكر من الحكمين أعنى حكم إستئجار الأرض لزراعتها بزراعة أرض أخرى و ما أشبهها و حكم بيع القوهى بالقوهى أشار محمد بن الحسن رحمه الله تعالى و هو ما روى أن ابن سماعةؒ كتب من بلخ إلى محمدؒ بن الحسن فى هذه المسئلة و قال لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد رحمه الله تعالى فى جوابه إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الحنائي فكانت منك زلة أما علمت أن إجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع

---

(١)بسكنى دار أخرى فلو بحانوت يصح للاختلاف منفعة و قيل لا يصح و معاوضة البقر بالبقر فى اللاكداس لاتجوز لاتحاد الجنس و البقر بالحمير يجوز لاختلاف الجنس جامع الفصولين و الكدس بالضم الحب المحصود المجموع قاموس و فى شرح قاضيخان و خدمة العبد و الأمة جنس واحد فان خدم أحد هذين دون الآخر فى رواية يجب أجر المثل و فى رواية لا يجب شيء اه و فى التاترخانية إذا قوبلت المنفعة بجنسها و استوفى الآخر عليه أجر المثل فى ظاهر الرواية و عليه الفتوى كذا فى الشامية.

**و لأن الإجارة جوّزت بخلاف القياس للحاجة و لا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة قال و إذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له**

---

القوهى بالقوهى نساء و الحنائى اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعةؒ في هذه المسائل و يقول لا برهان لكم عليها (و لأن الإجارة جوّزت بخلاف القياس للحاجة) هذه طريق أخرى فى فساد الإجارة المذكورة و هى أن الإجارة إنما شرعت على خلاف القياس لحاجة الناس (و لا حاجة عند اتحادِ الجنس) لأنه كان متمكناً من السكنى قبل ذلك العقد فلا يحصل بالعقد إلا ما كان متمكناً منه باعتبار ملكه و الكمال من باب الفضول و الإجارة ما شرعت لابتغاء الفضول (بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفع) بأن استأجرَ ركوباً بلبوس لتحقق الحاجة فيجوز فإن قيل النساء ما يكون عن اشتراط أجل فى العقد و تأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك أجيب بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه و يحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة قيل فيه نظر لأن فى النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به تكون شبهة الشبهة و ليست بمحرمة أجيب بأن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها فإن قيل النساء إنما يتصور فى مبادلة موجود فى الحال بما ليس كذلك و فيما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً أجيب بأن الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما و عدم الآخر و تحقق النساء ثم لو استوفى المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل فىَ ظاهر الرواية لأنه استوفى المنفعة بالإجارة الفاسدة و ذكر الكرخيؒ عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا شىء عليه (قال) أى محمدؒ فى الجامع الصغير (و إذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) يعنى لا (١) المسمى و لا أجر المثل و على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينبغى أن يجب أجر المثل كما فى إجارة المشاع لكن الفرق أن فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذى أوجبه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلاً و هنا البطلان لتعذر الاستيفاء أصلاً و بدون الاستيفاء لا يجب الأجر في العقد الفاسد و قال الكرخيؒ في مختصرة قال ابن سماعةؒ عن محمد رحمه الله تعالى

---

(١)لا المسمى و لا أجر المثل لأن الأجر يجب فى الفاسدة إذا كان له نظير من الاجارة الجائزة و هذه لا نظير لها اتقانى و ظاهر كلام قاضيخان فى الجامع أن العقد باطل لأنه قال لا ينعقد العقد تأمل كذا فى الشامية.

**و قال الشافعيّ له المسمى لأن المنفعة عين عنده و بيع العين شائعاً جائز فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه و بين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب و لنا أنه استأجره لعمل لا وجود له**

---

أن الطعام بين رجلين و لأحدهما سفينة فاراد أن يخرجا بالطعام من بلدهما إلى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه بعشرة دراهم فهو جائز و كذلك لو أراد أن يطحنا الطعام فاستأجر نصف الرحى الذى لشريكه قال و كذلك لو استأجر أنصاف جواليقه هذه ليحمل فيها هذا الطعام إلى مكة فهو جائز و لو استأجر عبد صاحبه أو دابة صاحبه أو دابة عبد صاحبه ليحمله أو استأجر العبد لحفظ الطعام لا يجوز سواء استأجر العبد أو الدابة كله أو نصفه و لا أجر له ثم قال الكرخيّ قال محمد رحمه الله تعالى و كل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما يكون العمل فيه لها فإنه لا يجوز فان عمل فلا أجر له و كل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما يكون العمل فيه لهما فانه لا يجوز فان عمل فلا أجر له و كل شيء استأجره أحدهما من صاحبه مما لا يكون العمل فيه لهما فهو جائز (و قال الشافعي رحمه الله تعالى له المسمى لأن المنفعة عين عنده و بيع العين شائعاً جائز) فكذا إجارة المشاع جائز و به قال أحمدّ (فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه) أى بين المستاجر (و بين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركا) أى أو استأجر عبدا مشتركا بينه و بين غيره (ليخيط له الثياب) أى ليخيط العبد المشترك للمستأجر الثياب حيث يجب الأجر (و لنا أنه استأجره) أى أن أحد الشريكين استأجر الآخر أو حماره (لعمل لا وجود له) فصار كإجارة ما لا منفعة له قيل هذا ممنوع بل لعمله وجود و إلا يلزم أن الحصة التى لشريكه لا وجود لها لكونها شائعة و لو كان ذلك صحيحاً لكانت حصته أيضاً لا وجود لها لكونها شائعة و هذا من نوع السفسطة (١) و إنكار الحقائق و فيه نظر لأن معنى قوله لا وجود له لا يتميز وجوده و منكر هذا منكر الحقائق

---

(١) السفسطة. قال فى كشاب اصطلاحات الفنون فى فصل الطاء من باب السين المهملة (ص٦٦٥ج١) السفسطة بالفاء و بعدها سين كبعثرة عند المنطقيين هيَ القياس المركب من الوهميات و قيل القياس المركب من المشبهات بالواجبة القبول يسمى قياسا سوفسطائيا و يطلق لفظ السوفسطائية على فرقة ينكرون الحسيات و البديهيات و غيرها و قال فى فصل الطاء من باب الغين المعجمة (ص١٠٩٧ج٢) مقدمات المغالطة إما شبيهة بالمشهورات و تسمى شغبا أو بالاوليات و تسمى سفسطة هكذا فى تكملة الحاشية الجلالية. قال الصادق الحلوانى فى حاشية الطيبى المفهوم من شرح المطالع أن القياس المركب من المشبهات بالقضايا الواجبة القبول يسمى قياسا سوفسطائيا و المركب من المشبهات بالمشهورات يسمى قياسا مشاغبيا و أن الصناعة الخامسة=>

**لأن الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشائع بخلاف البيع لأنه تصرف حكمى و إذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر و لأن ما من جزء يحمله إلا و هو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم**

(لأن الحمل فعل حسى لا يتصور فى الشائع) إذا لحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين و لهذا يحرم وطء الجارية المشتركة و ضربها لأنهما فعلان حسيان لا يتصور وجودهما فى الشائع و لو تصور لما حرم فان قلت إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الأجر قلت حمل الكل حمل المعين و نصيبه ليس بمعين فيما وجد نصيبه (بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعيؒ على البيع فأجاب بأن البيع ليس كذلك (لأنه تصرف حكمى) أى شرعى و التصرف فى الشائع شائع شرعاً كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه (و إذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر) لأن الأجر يترتب على ذلك و (لأن ما من جزء يحمله) دليل آخر على المطلوب و وجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء (إلا و هو شريك فيه) و كل من حمل شيئاً هو شريك فيه (فيكون عاملاً لنفسه) و من كان عاملاً لنفسه (فلا يتحقق التسليم) منه فلا يستحق أجراً على غيره فان (١) قيل لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه و لغيره فالأول ممنوع فانه شريك و الثانى حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره أجيب بأنه عامل لنفسه فقط لأن عمله لنفسة فقط أصل و موافق للقياس و عمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس فى الحاجة و هى تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر فان قيل المحمول مشترك فينبغى أن يكون الحمل كذلك أجيب بأن وقوع الحمل مشتركاً محال لأنه عرض و هو يتجزأ

=> منحصرة فيهما و أن صاحب السوفسطائى فى مقابلة الحكيم أى صاحب البرهان و صاحب المشاغبى فى مقابلة الجدلى و المفهوم من شرح الشمسية أن الصناعة الخامسة هى السفسطة و هى القياس المركب من الوهميات و المفهوم من غيرها الصناعة الخامسة هى القياس السفطسى و هو مركب من الوهميات أو من المشبهات بالاوليات أو بالمشهورات و قيل المشهور فى كتب القوم أن الصناعة الخامسة هى المغالطة التى تحتها السفسطى المذكور أعنى القياس المفيد للجزم الغير الحق المركب من الوهميات أو المشبهات بالأوليات أو بالمشهورات و الشغبى أعنى القياس المفيد للتصديق الذى لا يعتبر فيه كونه مقابل عموم الاعتراف لكن مع فقدان ذلك العموم فهو فى مقابلة الجدل قال أقول الظاهر أن المغالطة لا تنحصر فيما ذكر لأن المركب بالمشبهات بالمسلمات و المركب من المقدمات اليقينية التى فسدت صورته لم يندرج فى شىء من الصناعات و لا بد من الاندراج. (١)فان قيل الخ. كذا فى العنايةص٥٨ ج٨.

بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه هنالك المنافع و يتحقق تسليمها بدون وضع الطعام و بخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه و إنه أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع و من استأجر أرضاً و لم يذكر أنه يزرعها أو أىّ شىء يزرعها فالإجارة فاسدة لأن الأرض تستأجر للزراعة و لغيرها و كذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالأرض و ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوماً فإن زرعها

(بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على إستئجار الدار المشتركة فاجاب بأن استيجار الدار المشتركة ليس كذلك (لأن المعقود عليه هنالك المنافع) أى منافع الدار و البدل بمقابلتها و لا شركة له فى ذلك (و يتحقق تسليمها بدون وضع الطعام) فانه إذا سلم البيت و لم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الأجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل و تسليمه فى الشائع لا يتحقق كما مر (و بخلاف العبد) جواب عن قياسه على إستئجار العبد المشترك و وجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه و هو معنى قوله (لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه و إنه) أى ملك نصيب صاحبه (أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع) كما فى البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسى (و من استأجر أرضاً و لم يذكر أنه يزرعها) يعنى و لم يبين أنها للزراعة أو لغيرها (أو أىّ شىء يزرعها) يعنى أو استأجرها للزراعة و لم يبين أىّ شىء يزرع فيها من أنواع الحبوب (فالاجارة فاسدة) لجهالة المعقود عليه و به قال (١) الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى فى الصورتين و قال مالك رحمه الله تعالى يصح فى الصورتين و كان له أن يفعل فى الأول ما يشبهه من البناء و الغرس و الزرع فان أشبهه الجميع و كان بعضه أضر بالأرض من بعض لم يصح العقد و فى الثانى لا يزرع إلا ما يشبهه ذكره فى الجواهر أما لو استأجرها ليزرع فيها ما شاء أو يغرس ما شاء يجوز بالاجماع و لو قال لتزرعها ما شئت و تغرسها ما شئت صح أيضاً و هذا منصوص الشافعى رحمه الله تعالى و خالفه أكثر أصحابه و قالوا لا يجوز لأنه لا يدرى كم يزرع و كم يغرس و قال بعضهم يصح و يغرس نصفها و يزرع نصفها (لأن الارض تستأجر للزراعة و لغيرها) نحو البناء و الغرس و حفظ الأمتعة و نحوها (و كذا ما يزرع فيها مختلف فمنه) أى مما يزرع (ما يضر بالارض و ما لا يضر بها غيره) كالذرة و الأرز فان ضررهما بالارض أكثر من ضرر الحنطة و الشعير و منه ما لا يضر كالقطن و البطيخ (فلم يكن المعقود عليه معلوماً) فيفسد العقد للجهالة (فان زرعها) أى زرع الارض نوعاً من أنواع الزراعة فى المسألة المذكورة

(١) و به قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى كذا فى شرح الوجيز ص ١١٤ ج ٦ و المغنى ص ٥٨ ج ٦.

و مضى الأجل فله المسمى و هذا استحسان و فى القياس لا يجوز و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً وجه الإستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً كما إذا ارتفعت فى حالة العقد و صار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه و الخيار الزائد فى المدة

---

(و مضى الأجل) المضروب (فله المسى) أى فللموجر ما سميا عند العقد (و هذا استحسان) أى وجوب المسمى لانقلاب العقد صحيحاً استحسان (و فى القياس لا يجوز و هو قول زفر رحمه الله تعالى) و الشافعى و أحمد رحمهم الله تعالى (لأنه) أى العقد (وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً) فيجب أجر المثل (وجه الاستحسان أن الجهالة (١) ارتفعت) بوقوع ما وقع فيها من الزرع (قبل (٢) تمام العقد) بنقض القاضى (فينقلب جائزاً) لأن الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع فى بعض المدة و عرف انه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع من ذلك الوقت (كما إذا ارتفعت) أى الجهالة (فى حالة العقد) لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه و لو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا (و صار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه) بأن باع إلى الحصاد و الدياس فأسقط الأجل قبل أوان الحصاد و الدياس (و الخيار الزائد فى المدة) بأن شرط الخيار أربعة أيام مثلاً ثم أسقط اليوم الرابع قبل مجيئه قيل هذا رد المختلف على المختلف فان زفر رحمه الله تعالى لم يقل بالانقاب إلى الجواز لا هنا و لا هناك أجيب بأنه لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكر ههنا بطريق المبادى فيكون مثل الإيضاح لما وقع الكلام فيه و إن كان هو مختلفاً فى نفسه و قيل هذا تكرار لأنه ذكر فى أول باب ما يجوز من الإجارة و يجوز إستئجار الأراضى للزراعة و لا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها أجيب بأن

---

(١)أن الجهالة ارتفعت الخ. قال فى النهاية فان قيل إذا ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لم يرتفع ما هو الموجب للفساد و هو احتمال أن يزرع فيها ما يضر بالأرض فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد و لأن المعقود عليه إذا كان مجهولا لا يتعين إلا بتعيينهما صونا عن الاضرار بالآخر و لا ينفرد به أحدهما؟ قلت الأصل إجازة العقد عند إنتفاء المانع لأن العقود تصح بقدر الامكان و المانع الذى فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما و عند استيفاء المنافع يزول هذا اه كذا فى تكملة الطورى (٢)قبل تمام العقد بنقض القاضى. أقول لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فكيف يتصور أن يتم به و تمام الشيء من آثار بقائه و إقتضائه و الحق أن المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله فى وضع المسئلة فان زرعها و مضى الأجل و يرشد إليه قول صاحب الكافى فى التعليل و لنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضى الأجل فيرتفع الفساد اه كذا فى النتائج.

و من استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم و لم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر و إن كانت الإجارة فاسدة فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى و إن اختصما قبل أن يحمل عليه و في المسئلة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعاً للفساد إذ الفساد قائم بعد

---

ذلك وضع القدوري و هذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة و هي قوله فان زرعها و مضى الأجل فله المسمى و فيه نظر (و من استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم و لم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق) أي هلك أي الحمار (في بعض الطريق فلا ضمان عليه لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر) لأنه قبضها بإذن المالك (و إن كانت الإجارة فاسدة) حرف إن واصل بما قبله لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح و لا نعلم خلافا في أن هذه الإجارة فاسدة و الفاسدة في حكم الصحيحة في أن العين المستأجرة أمانة فلا يضمن بلا تعد و إنما قيد بقوله حمل ما يحمل الناس و أراد به الحمل المعتاد لأنه إذا حمل غير المعتاد فهلك الحمار يجب أن يضمن و انما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد و لم يتعد المعتاد (فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى) و هو قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فإنه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين الحمل و ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع فانقلب إلى الجواز و وجب المسمى و في القياس يجب أجر المثل و هو قول زفر و الشافعي و أحمد رحمهم الله تعالى (و إن اختصما قبل أن يحمل عليه) أي على الحمار (و في المسألة الاولى قبل أن يزرع) أي و اختصما في المسألة الاولى و هي ما إذا استأجر أرضاً و لم يذكر أنه يزرعها إلى آخره (نقضت (١) الاجارة دفعاً للفساد إذ الفساد قائم بعد) أي فساد العقد باق و ثابت بعد الاجارة قبل الحمل على الحمار و قبل الزراعة في الارض قال دفعاً للفساد بالدال و لو قال رفعاً للفساد بالراء لكان أولى لأن الفساد قائم يحتاج إلى الرفع والدفع لا يكون إلا في غير القائم فافهم (٢)

---

(١) نقضت الاجارة يعني أبطلها القاضي لأن العقد الفاسد يجب نقضه و إبطاله كذا في الشامية معزيا إلى الذخيرة.

(٢) فافهم. و في التبيين و لو استأجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار و لا يجب الأجر لما بعده عند ابي يوسف رحمه الله تعالى لأنه بالجحود صار غاصبا و الأجر و الضمان لا يجتمعان و قال محمد يجب الأجر كله لأنه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ذكره في الكافي اه و كأنه لا قول للامام رحمه الله تعالى كذا في الدر المختار.

## باب ضمان الأجير

**قال الأجراء على ضربين أجير مشترك و أجير خاص فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ و القصار**

---

**(باب (١) ضمان الأجير)**

الأجير على وزن فعيل لكن بمعنى فاعل أى آجر قال (٢) الأترازىّ و الأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر و اسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر قلت (٣) هذا غلط لأن فعيلاً بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثلاثى و كيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعنى به من المزيد بدليل قوله و اسم الفاعل منه مؤجر (قال) أى القدورىّ (الأجراء (٤) على ضربين) الأجراء على وزن فعلاء جمع أجير قيل هذا انقسام الشيء إلى نفسه و هو باطل أجيب بأن اللام إذا دخل على الجمع و لا معهود يبطل معنى الجمعية فيكون للجنس فيصح الانقسام (أجير مشترك) أى أحدهما أجير مشترك و السؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى (٥) (و أجير خاص) أى و الثانى أجير خاص (فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ و القصار) قيل هذا التعريف دورى لأنه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف و هو الدور أجيب بأنه قد علم مما سبق فى باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف و قال الكاكىّ هذا تعريف بالأشهر قلت بل هو تعريف بالمساوى على ما لا يخفى قيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد و التعريف بالمفرد لا يصح عند أكثر المحققين أجيب بأن قوله كالصباغ و القصار منضم إليه فصار

---

(١)باب ضمان الأجير. لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صحيحها و فاسدها شرع فى بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الاجارة فتحتاج إلى بيانه كذا فى غاية البيان. (٢)قال الاترازىّ الخ. أقول ما قاله الاترازىّ فيه إشكال لأن قوله و اسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله و الأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر إذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤاجرا يلزم أن يكون الأجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتأمل كذا فى النتائج. (٣)قلت هذا غلط الخ. أقول بل الغلط إنما هو فى كلام نفسه فان الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثى يكون من المزيد أيضا و عن هذا قال المحقق الرضى فى شرح الكافية و قد جآء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب أليم أى مؤلم على رأى و قال و أما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس و الحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل إتفاقا اه. و قال الامام المطرزىّ فى المغرب و أما الأجير فهو مثل الجليس و النديم فى أنه فعيل بمعنى مفاعل اه كذا فى النتائج. (٤)الأجراء على ضربين الخ. أقول من قبيل تقسيم الكل إلى أجزائه كذا فى السعدية. (٥) دورى يعنى أن السوال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار كذا فى النتائج.

لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى أجيراً مشتركاً قال و المتاع أمانة فى يده فإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول زفر رحمه الله تعالى و يضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب و العدو المكابر لهما ما روى عن عمر و على رضى الله عنهما أنهما كانا يضمّان الأجير المشترك

تعريفاً بالمثال و هو صحيح قيل قوله لأن المعقود عليه ينافى ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح و فى كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر قلنا هذا من التعريفات اللفظية فلا يحتاج إلى هذه التكلفات (لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل) كالقصارة (أو أثره) أى أثر العمل كالصبغ (كان له) أى للأجير (أن يعمل للعامة لأن منافعه) أى منافع الأجير (لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه) أى من جهة أن منافعه لم تصر مستحقة لواحد (يسمى أجيراً مشتركاً) بين الناس غير مخصوص لواحد بعينه (قال و المتاع أمانة فى يده) أى فى يد الأجير المشترك (فان هلك) أى المتاع (لم يضمن شيئاً عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول زفر رحمه الله تعالى) و به قال الحسن بن زياد و عطاء و طاوس و مجاهد و الشافعي فى قول و أحمد فى رواية و إسحاق و المزنى رحمهم الله تعالى و هو مروى عن على رضى الله تعالى عنه (و يضمنه عندهما) أى عند ابى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و به قال الشافعي فى قول و أحمد فى رواية و مالك و ابن أبى ليلى رحمهم الله تعالى (إلا من شيء غالب كالحريق الغالب و العدو المكابر) لأن الحفظ فيه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية و التقصير (لهما ما روى عن عمر و على رضى الله عنهما أنهما كانا يضمّنان الأجير المشترك) روى (١) البيهقىّ عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على رضى الله تعالى عنه أنه كان يضمن الصباغ و الصائغ و قال لا يصلح للناس إلا ذاك و روى (٢) عن خلاس أن عليا رضى الله تعالى عنه كان يضمن الأجير قال (٣) البيهقىّ حديث جعفر عن أبيه عن علىّ مرسل و أهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن علي رضي الله تعالى عنه و استدل ابن الجوزىّ فى التحقيق على أنه لا ضمان

(١)روى البيهقىّ فى الاجارة باب ما جآء فى تضمين الأجراء ص١٢٢ ج٦ و عبدالرزاق فى البيوع باب ضمان الأجير الذى يعمل بيده ص٢١٧ ج٨. (٢)روى أى البيهقىّ فى الباب المذكور آنفا. (٣)قال البيهقىّ الخ. قال العثمانى الحنفىّ فى الاعلاء (ص١٩٦ ج١٦) لا نسلم ضعف ما رواه جعفر بن محمد عن أبيه عن على رضى الله تعالى عنه و ما رواه قتادة عن خلاس عنه فلا علة للأول غير الارسال و ليس هو بعلة عندنا و رواية خلاس عن على رضى الله تعالى عنه صحيحة عندنا و هو قول ابن حزمّ أيضا نعم يمكن أن يحمل هذا الأثر على الاهلاك و الاتلاف و لا نزاع فى ضمان الاهلاك و الاتلاف و إنما النزاع فى ضمان ما تلف عندهم من غير تعد منهم اه ملخصا.

و لأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به فإذا هلك بسب يمكن الاحتراز عنه كالغصب و السرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الإحتراز عنه كالموت حتف أنفه و الخريق الغالب و غيره لأنه لا تقصير من جهته و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن العين أمانة فى يده لأن القبض حصل بإذنه و لهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه و لو كان مضموناً يضمنه كما فى المغصوب و الحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً و لهذا لا يقابله الأجر بخلاف المودع بالأجر لأن الحفظ

على الأجير المشترك بما رواه (١) الدار قطنىّ حدثنا الحسين بن اسماعيل نا عبدالله بن شبيب حدثنى اسحاق بن محمد نا يزيد بن عبد الملك عن محمد بن عبدالرحمن الحجبى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال لا ضمان على مؤتمن انتهى و قال صاحب التنقيحّ هذا إسناد لا يعتمد عليه فان يزيد بن عبد الملك ضعفه أحمدّ وغيره و قال النسائىّ متروك الحديث و عبد الله بن شبيب ضعفوه (و لأن الحفظ مستحق عليه) أى واجب (إذ لا يمكنه العمل إلا به) أى بالحفظ (فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب و السرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر) فان المودع بأجر صار بالتقصير تاركا ذلك الحفظ المستحق فيضمن و صار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فإذا تخرق كان ضامناً (بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه و الحريق الغالب وغيره) مثل السيل الغالب و الغارة على بلد هو فيه (لأنه لا تقصير من جهته) فلم يكن متعدياً فلا يضمن (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن العين أمانة فى يده لأن القبض حصل بإذنه) أى باذن المستأجر لإقامة العمل فيه له فلا يكون مضموناً عليه كالمودع و أجير الوحد (و لهذا) توضيح لما قبله (لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه و لو كان مضموناً) يعنى و لو كان المتاع فى يده مضموناً (يضمنه كما فى المغصوب) أى كما يضمن فى المغصوب فى الحالين (و الحفظ مستحق عليه تبعاً) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال الاعتبار غير صحيح لأن ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق و قد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان و الغصب ليس كذلك أجاب بقوله و الحفظ مستحق عليه تبعاً (لا مقصوداً) أى غير معقود عليه لكنه وسيلة إليه و ذلك لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيراً مشتركاً و الحفظ ليس بمقصود أصلى بل لاقامة العمل فكان تبعاً فلم يكن مقصوداً (و لهذا) أى و لكون الحفظ مستحقاً عليه تبعاً لا مقصوداً (لا يقابله الأجر) أى الأجر لا يقابل الحفظ (بخلاف المودع بالأجر لأن الحفظ

(١) رواه الدار قطنىّ فى البيوع ص ٤١ ج٣.

مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر قال و ما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه و زلق الحمال و انقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل و غرق السفينة

مستحق عليه) أى على المودع (مقصوداً) لأن المقصود بالذات هو الحفظ (حتى يقابله الاجر) أى حتى يقابل الأجر الحفظ لكونه مقصوداً بخلاف الأجير المشترك فإن المقصود فيه العمل فلا يكون عقد معاوضة فلا يقتضى السلامة قيل (١) هذه المسألة مختلفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم و لهذا اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف لأن فيه عملاً بأقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم و فيه نظر لأن هذا قول خارج عن أقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم و ترك للعمل بأقوالهم إذ الصحابة اختلفوا على القولين لا غير إمّا الضمان أو عدم الضمان و فى الخلاصة (٢) بعض العلماء أخذوا بقولهما و أئمة سمرقند أفتوا بالصلح على النصف و كان الإمام المرغينانيّ يفتى بقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقلت له يوما من قال بالصلح لو امتنع الخصم هل يجبر قال لا قال و كنت أفتى بالصلح فرجعت لهذا و الامام قاضى خانّ يفتى بقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال تاج الشريعةّ ذكر الفقيه أبو الليثّ أن الفتوى على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ثم عندهما إن شآء المالك ضمنه الثوب مقصورا و أعطى الاجرة و إن شآء غير مقصور و لا أجر له (قال و ما تلف بعمله) أى بعمل الاجير المشترك (كتخريق الثوب من دقه و زلق (٣) الحمال و انقطاع (٤) الحبل الذى يشد به المكارى الحمل و غرق (٥) السفينة

(١)قيل الخ. و فى الشامية: اعلم أن الهلاك إما بفعل الأجير (المشترك) أو لا و الأول إما بالتعدى أو لا و الثانى إما أن يمكن الاحتراز عنه أو لا ففى الأول بقسميه يضمن إتفاقا و فى ثانى الثانى لا يضمن إتفاقا و فى أوله لا يضمن عند الامامّ مطلقا و يضمن عندهما مطلقا و أفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقا و قيل إن مصلحا لا يضمن و إن غير مصلح ضمن و إن مستورا فالصلح اه ح و المراد بالاطلاق فى الموضعين المصلح وغيره قال فى الخيرية فهذه أربعة أقوال كلها مصححة مفتى بها و قال بعضهم قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى قول عطاءّ و طاوسّ و هما من كبار التابعين و قولهما قول عمر و على رضى الله تعالى عنهما و به يفتى إحتشاماً لعمر و على رضى الله تعالى عنهما و صيانة لأموال الناس و الله اعلم اه و فى التبيين و بقولهما يفتى لتغير أحوال الناس و به يحصل صيانة أموالهم اه و فى الخانية و المحيط و التتمة الفتوى على قوله فقد اختلف الافتاء و قد سمعت ما فى الخيرية و قال ابن ملكّ فى شرح المجمع و فى المحيط الخلاف فيما إذا كانت الاجارة صحيحة فلو فاسدة لا يضمن إتفاقا اه ملخصا. (٢)الخلاصة ص١٣٦ ج٣. (٣)زلق الحمال. الظاهر أنه بالحاء المهملة و المراد الحمال على ظهره مثلا أما بالجيم فعلى تقدير مضاف أى جمل الجمال قال فى شرحه على الملتقى أى إذا لم يكن من زحمة الناس فلو منها لم يضمن خلافا لهما كما فى شرح المجمع قال و كذا يضمن لو ساق المكارى دابته فعثرت فسقطت الحمولة اه كذا فى الشامية. (٤)و انقطاع الحبل الخ. و لو كان الحبل لصاحب المتاع فانقطع لا يضمن كذا فى الشامية عن التاترخانية. (٥)و غرق السفينة الخ. قلت و يجب على المستأجر أجر ما سارت السفينة قبل الغرق بحسابه و فروع المذهب تشهد لذلك اه سرى الدين عن المجتبى و هذا إنما يظهر إذا كان المستأجر معه و إلا فلم يوجد تسليم و قد سبق أنه لا أجر للمشترك إلا به فتأمل كذا فى الشامية.

من مده (١) مضمون عليه و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقاً فينتظمه بنوعيه المعيب و السليم و صار كأجير الوحد و معين القصار و لنا أن الداخل

من مدها) أى من مد الملاح السفينة فالمصدر مضاف إلى مفعوله و الفاعل مطوى ذكره و الغرق بفتح الراء مصدر غرق فى الماء إذا غار (مضمون عليه) أى على الاجير المشترك و ارتفاع مضمون على أنه خبر المبتدأ و هو قوله و ما و به (٢) قال مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى فى قول و روى ذلك عن عمر و على رضى الله تعالى عنهما و عبيد الله بن عتبة و شريح و الحسن و الحكم رحمهم الله تعالى و قال الكرخيّ فى مختصره و أجمع أبو حنيفة و أبو يوسف و محمد و ابن أبى ليلى رحمهم الله تعالى أنه مضمون بالعمل الذى يأخذ عليه الاجر فيضمن القصار ما تخرق من دقه أو من مده أو من غمزه أو من بسطه و كذلك الصباغ فى ذلك كله و يضمن أيضاً فى طبخ الثوب إن كان مما يطبخ و كذلك الملاح يضمن ما كان من مده أو حذفه أو ما تعالج به السفينة للمسيرة و كذلك الحمال إذا سقط ما حمله من رأسه أو يده أو عثر فسقط ما معه فإنه يضمن ذلك و كذلك المكارى إذا كان من سوقه أو من قوده أو انقطع الحبل الذى شدّه على المتاع فسقط المتاع و ففسد كل هؤلاء يضمنون ما يفسد به المتاع من فساد يلحقه منه عند حمله سفينته أو بسوقه لدابته أو قوده و قال حماد بن أبى سليمان و زفر و الحسن بن زياد رحمهم الله تعالى هو مؤتمن فى ذلك لا يضمن إلا إن يتعدى و فى المحيط لو تلف من فعل أجير القصار لا متعمدا فالضمان على القصار لا على الأجير لأن التلف حصل من عمل القصارة و لو وطىء الأجير ثوبا فتخرق ينظر إن كان يوطأ مثله لا ضمان عليه لأنه مأذون دلالة و إن كان لا يوطأ بأن كان رقيقا ضمن (و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا ضمان عليه) قال (٣) الربيعٓ هذا مذهب الشافعيّ و إن لم يبح به و روى ذلك عن عطاء و طاوس رحمهما الله تعالى (لأنه أمره) أى لأن صاحب المتاع أمر الاجير المشترك (بالفعل مطلقاً) بأن استأجره ليدق الثوب و لم يزد على ذلك ما يدل على السلامة (فينتظمه بنوعيه) أى فينتظم المطلق بنوعى الفعل (المعيب و السليم) بالجر فيهما على أنه عطف بيان أو بدل و يجوز الرفع فيهما على تقدير أحدهما المعيب و الآخر السليم (و صار كأجير الوحد و معين القصار) حيث لا ضمان عليهما (و لنا أن الداخل

(١) مده. ن. مدها. (٢) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا فى المغنى ص١٠٦ ج٦. (٣) قال الربيعٓ الخ. كذا فى المغنى ص١٠٦ ج٦.

تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد و هو العمل الصالح (١) لأنه هو الوسيلة إلى الأثر و هو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع و فيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده و بخلاف الأجير الوحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى و انقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من

---

تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد و هو الغمل المصلح) و فى بعض النسخ الصالح (لأنه) أى العمل المصلح (هو الوسيلة إلى الأثر) الحاصل فى العين من فعله (و هو) أى الاثر (٢) هو (المعقود عليه حقيقة) لكونه هو المقصود (حتى لو حصل) أى الأثر (بفعل الغير) أى غير الأجير (يجب الاجر) و إذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة (فلم يكن المفسد) من العمل (مأذوناً فيه) فصار كما لو وصف له نوعاً من الدق فجاء بنوع آخر (بخلاف المعين) أى معين القصار (لأنه متبرع فلا يمكن تقييده) أى تقييد عمله (بالمصلح لأنه) أى المعين (يمتنع عن التبرع و فيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده) أى بالمصلح و الملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له و لو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة و هى لا تقتضى السلامة كان أسلم (و بخلاف الأجير الوحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى) و سيأتى فى آخر هذا الباب (و انقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بقوله و انقطاع (١) الحبل (من قلة اهتمامه فكان من

---

(١)الصالح. ن. المصلح. (٢) الأثر هو المعقود عليه الخ. أقول فى تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنفّ قصور لأن كون العمل وسيلة إلى الأثر إنما يتصور فى صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها إذ قد مر فى أواخر باب الأجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار و الصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع و كل صانع ليس لعمله أثر فى العين ليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال و الملاح لأن المعقود عليه نفس العمل و هو عين قائم فى العين فلا يتصور حبسه كذا فى النتائج. (١)و انقطاع الحبل من قلة إهتمامه الخ. أقول لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من أن الأجير المشترك لا يضمن ما هلك فى يده عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى و إن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب و السرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضا أن الهلاك من قلة إهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغى أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك فى الحفظ و هو مستحق عليه تبعا لا مقصودا كما مر فلا اعتبار له و أما ههنا فالتقصير فى نفس العمل الذى هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار و حكم كذا قاله قاضى زادهّ فى الأفكار.

صنيعه قال إلا أنه لا يضمن به بنى أدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة و إن كان بسوقه و قوده لأن الواجب ضمان الآدمى و إنه لا يجب بالعقد و إنما يجب بالجناية و لهذا يجب على العاقلة و ضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال و إذا استأجر من يحمل له دناً من الفرات فوقع فى بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمّنه قيمته فى المكان الذى حمله و لا أجر له و إن شاء ضمّنه قيمته فى الموضع الذى انكسر و أعطاه أجره بحسابه أما الضمان فلما قلنا

صنيعه قال إلا أنه) استثناء من قوله مضمون غليه أى إلا أن الأجير المشترك (لا يضمن به) أى بفعله (بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة و إن كان بسوقه و قوده) قيل إنما هو إذا كان ممن يستمسك على الدابة و يركب وحده و إلا فهو كالمتاع و الصحيح أنه لا فرق و كذا رواه ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى الرضيع كذا ذكره التمرتاشى و فى الاختيار و لو غرقت السفينة من موج أو ريح أو صدم جبل فلا ضمان على الملاح (لأن الواجب ضمان الآدمى و إنه) أى ضمان الآدمى (لا يجب بالعقد و إنما يجب بالجناية و لهذا يجب على العاقلة و ضمان العقود لا تتحمله العاقلة) لأنهم لا يتحملون إلا ضمان الجنايات (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (و إذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع) أى الدن (فى بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمّنه قيمته) أى قيمة الدن (فى المكان الذى حمله و لا أجر له و إن شاء ضمّنه قيمته) أى قيمة الدن (فى الموضع الذى انكسر و أعطاه أجره بحسابه) قال السغناقى إنما وضع المسألة فى الفرات لأن الدنان كانت تباع هناك قيد بقوله فى بعض الطريق لأنه لو انكسر بعد ما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده فلا (٢) ضمان عليه وله الأجر كذا نقل عن الامام صاعد النيسا بورى كذا فى المبسوط و الفوائد الظهيرية و قوله فانكسر ليس بقيد فانه لو كسره عمداً فالحكم كذلك عندنا و عند زفر و الشافعى رحمهما الله تعالى إن انكسر لا ضمان عليه لما قلنا و إن كسره يضمن قيمته فى المكان الذى كسره و يعطيه أجر ما حمل و فى شرح الطحاوى فلو زحمه الناس حتى انكسر فانه لا يضمن بالاجماع لأن ذلك بمنزلة الحرق الغالب و الغرق الغالب و لو أنه هو الذى زحم الناس حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع (أما الضمان فلما قلنا) من أنه أجير مشترك و قد تلف المتاع بصنعه و فى شرح الطحاوى و الراعى بمنزلة الأجير المشترك إذا كان يرعى للعامة فما تلف من سوقه و ضربه إياها بخلاف العادة فانه يضمن لأنه من جناية يده و إذا ساق الدواب على

(٢) فلا ضمان عليه. أقول هذا قول محمد آخراً أما على قول أبى يوسف و هو قول محمد رحمهما الله تعالى أولاً يجب أن يكون ضامنا كذا فى تكملة الطورى عن الذخيرة.

و السقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل و كل ذلك من صنيعه و أما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق و الحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر و هو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن من الابتداء تعدياً و إنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى أيّ الوجهين شاء و في الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى و في الوجه الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلاً

---

الشرعة فازدحمت على القنطرة و دفعت بعضها بعضاً فسقطت في الماء و عطبت فانه يضمن لأنه من جناية يده و لو أن رجلاً قال استأجرتك لترعى غنمي خاصة مدة معلومة فهذا أجير الوحد و في الفتاوى الصغرى الراعي إذا كان مشتركاً لا يجب عليه رعي الأولاد التي تحدث فان شرط عليه في أصل العقد يجوز و في أجير الوحد يجب عليه رعي الأولاد (و السقوط بالعثار) أي سقوط الدن يحصل بالعثار (أو بانقطاع الحبل و كل ذلك من صنيعه و أما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق و الحمل شيء واحد) أي و الحال أن الحمل شيء واحد حكماً إذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به و هو أن يجعله محمولاً إلى موضع عينه (تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء) أي من ابتداء العقد (من هذا الوجه) يتعلق بقوله وقع تعدياً و أراد به الوجه الذي ذكره و هو أن الحمل شيء واحد فيكون إنكساره في الطريق كانكساره ابتداء (و له وجه آخر) أي لوجوب الضمان وجه آخر (و هو أن ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن) أي الحمل (من الابتداء تعدياً و إنما صار) أي الحمل (تعدياً عند الكسر) فاذا كان جهة الضمان دائرة بين الأمرين (فيميل إلى أيّ الوجهين شاء و في الوجه الثاني) و هو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي انكسر (له الاجر بقدر ما استوفى) من العمل (و في الوجه الأول) و هو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي حمله (لا أجر له لأنه ما استوفى) من العمل (أصلاً) فالوجه الاول وجه حكمي و الوجه الثاني وجه حقيقي فلهذا قلنا انه ليس يجمع بين الأجر و الضمان لأنهما لا يجتمعان عنده إذا كانا في حالة واحدة و قد اختلفت الحالة هنا لأنه في الوجه الثاني جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى موضع الكسر و الأجر يجب في حالة الامانة و إنما صار مضموناً في حالة الكسر و هذه حالة أخرى فان قلت كان ينبغي أن لا يخير عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لكن يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لأن المذهب عنده أن المال أمانة عند الأجير المشترك و إنما يضمن ما تلف بفعله و إذا كان أمانة وقت القبض وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه قلت هذا ليس كذلك على الاطلاق و لكن القبض يقع على وصف التوقف

**قال و إذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ و لم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك و فى الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات لا ضمان عليه و فى كل واحد من العبارتين نوع بيان و وجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتنى على قوة الطبائع و ضعفها فى تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل و لا كذلك دق الثوب و نحوه مما قدمناه لأن قوة الثوب و رقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد**

---

عنده إن هلك بصنعه ظهر أنه كان مضموناً عليه و إن سلم ظهر أنه كان أمانة و هنا لما هلك بزلقه ظهر أنه كان مضمونا عليه فجاز أن يكون له الخيار (قال) أى القدورىّ (و إذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ) فصد من باب ضرب يستعمل فى الآدمى و بزغ من باب فتح يستعمل فى الحيوان يقال بزغ البيطار الدابة إذا شقها بالمبزغ و هو مثل مشرط الحجام و مادته باء موحدة و زاى و غين معجمتان (و لم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب) أى فيما هلك (من ذلك) و لا نعلم فيه خلافا قيد بقوله و لم يتجاوز الموضع المعتاد لأنه إذا تجاوز الموضع المعتاد يضمن وقال صاحب الاختيارّ و لا ضمان على الفصاد و البزاغ إلا أن يتجاوز الموضع المعتاد لأنه إذا فعل المعتاد لا يمكنه الاحتراز عن السراية لأنه يبتنى على قوة المزاج و ضعفه و ذلك غير معلوم فلا يتقيد به بخلاف دق الثوب لأن رقته و ثخانته تعرف لأهل الخبرة فيتقيد بالصلاح و فى الفتاوى الصغرى و التتمة إذا شرط على الحجام و البزاغ العمل على وجه لا يسرى لا يصح هذا الشرط لأنه ليس فى وسعه ذلك و لو شرط على القصار العمل على وجه لا يتخرق صح لأن فى وسعه ذلك (و فى الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت) أى هلكت (أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات لا ضمان عليه) إنما أعاد المسألة المذكورة تنبيها على مزيد فائدة أشار اليها بقوله (و فى كل واحد من العبارتين نوع بيان) أراد بهما عبارة القدورى و عبارة الجامع الصغير و أراد بنوع بيان من القدورى أنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد و يفيد أنه إن تجاوز ضمن و بنوع بيان من الجامع الصغير أنه بين الأجرة و كون الحجامة بأمر المولى و يفيد انه إذا لم يكن بأمره يضمن (و وجهه) أى وجه عدم الضمان (أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتنى على قوة الطبائع و ضعفها فى تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل) لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة (و لا كذلك دق الثوب و نحوه مما قدمناه) أشار به إلى قوله لأن الاحتراز عن التخريق بالدق ممكن فيمكن التقييد بالمصلح (لأن قوة الثوب و رقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد) بالمصلح و فى

قال و الأجير الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه فى المدة و إن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم

بعض النسخ و دقته بالدال و كلامهما بمعنى واحد ثم إذا تجاوز المعتاد يضمن و لم يبين قدر ذلك الضمان على تقدير الحياة و الموت كم هو قيل ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الختان لو ختن فقطع (١) الحشفة ينظر إن بريء فعليه كمال دية النفس و إن مات فعليه نصف الدية و هذا من أعجب المسائل إذ هو مخالف لجميع مسائل الديات فإنه كلما إزداد أثر جنايته انتقص ضمانه و ينبغي أن يزداد ضمانه كما فى قطع اليد و قتله خطأ و قد ذكر السرخسيّ فى مبسوطه فقال قال محمدٌ فى النوادر إنه لما بريء كان عليه ضمان الحشفة و هى عضو مقصود لا ثانى له فى النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما فى قطع اللسان و لو مات حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه و هو قطع الجلدة و الآخر غير ما ذون فيه و هو قطع الحشفة فعليه نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف فى البدل يعتمد التساوى فى السبب و قد انتفى لأن قطع الحشفة أشد إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافاً و أن لا يقع إتلافا و التفاوت غير مضبوط فكان هذا هدرا بخلاف الحز فإنه لا يحتمل أن لا يقع اتلافاً (قال) أى القدوريّ (و الأجير الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه فى المدة و إن لم يعمل) ما يرد على تعريف الأجير المشترك يرد مثله على تعريف الأجير الخاص فالجواب هو الجواب ثم إنه إنما يستحق الأجرة بتسليم نفسه بدون العمل إذا تمكن من العمل حتى لو سلم نفسه و لم يتمكن من العمل لعذر منعه لم يجب الأجر فإنه ذكر فى الذخيرة لو استأجره لاتخاذ الطين أو غيره فى الصحراء فمطر ذلك اليوم بعد ما خرج الأجير إلى الصحراء لا أجر له لأن تسليم النفس فى ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر و به كان يفتي المرغينانيّ (كمن استؤجر شهراً للخدمة (٢) أو لرعي الغنم) أى

(١) فقطع الحشفة أى كلها قال فى الشرنبلالية و بقطع بعضها يجب حكومة عدل كذا فى الشامية. الكحال إذا صب الدواء فى عين رجل فذهب ضوءه لا يضمن كالختان إلا إذا غلط فان قال رجلان انه ليس بأهل و هذا من خرق فعله و قال رجلان هو أهل لا يضمن فان كان فى جانب الكحال واحد و فى جانب آخر اثنان ضمن و لو قال الرجل لكحال داو بشرط أن لا يذهب البصر فذهب البصر لا يضمن و لو أمر حجاما أن يقلع سنه فقلع ثم اختلفا فقال أمرتك أن تقلع غير هذا السن و قال الحجام أمرتنى بقلع هذا فالقول قول الآمر و لو قلع ما أمره لكن سن آخر متصل بهذا السن فانقطع لا يضمن كذا فى الخلاصة. (٢) للخدمة أى لخدمة المستأجر و زوجته و أولاده و وظيفته الخدمة المعتادة من السحر إلى أن تنام الناس بعد العشاء الأخيرة و أكله على المؤجر فلو شرط على المستأجر كعلف الدابة فسد العقد كذا فى كثير من الكتب لكن قال الفقيهُ فى زماننا العبد يأكل من مال المستأجر حموى عن الظهيرية و الخانية كذا فى الشامية.

**و إنما سمى أجير وحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه فى المدة صارت مستحقة له و الأجر مقابل بالمنافع و لهذا يبقى الأجر مستحقاً و إن نقض العمل قال و لا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده و لا ما تلف من عمله**

---

أو استؤجر شهرا لرعى (١) الغنم هذا هو الأجير الخاص لأنه مخصوص بواحد (و إنما سمى أجير وحد لأنه (٢) لا يمكنه أن يعمل لغيره) أى لغير المستأجر و قوله أجير مضاف إلى لفظة وحد و الوحد بفتح الواو و سكون الحاء بمعنى الواحد و هو صفة موصوفها محذوف تقديره أجير مستأجر واحد و يجوز تحريك الحاء ايضاً (لأن منافعه فى المدة) أى منافع الأجير الخاص فى المدة المضروبة للعمل (صارت مستحقة له) أى للمستأجر (و الأجر مقابل بالمنافع و لهذا) أى و لأجل أن الأجر مقابل بالمنافع و المنافع منستحقة له (يبقى الأجر مستحقاً و إن نقض العمل) كلمة إن واصلة بما قبلها و قوله نقض على البناء للمفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمدؒ فى خياط خاط ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب و لا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما و ذلك العقد قد انتهى بتمام العمل و إن كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل و هذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله و صار كأن لم يكن بخلاف ما إذا فتقه أجنبى لأنه بفتق الأجنبى لا يمكن أن يجعل كان الخياط لم يعمل أصلا و لو كان أجيراً خاصاً فنقضه استحق الأجر و الإسكاف كالخياط (قال) أى القدورىؒ (و لا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف فى (٣) يده) بأن سرق منه أو غاب أو غصب (و لا ما تلف من (٤) عمله) بأن انكسر القدوم

---

(١)لرعى الغنم أى المسمى كذا قيده فى الدر و التبيين كما فى الشامية. (٢)لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره الخ. و فى الدر المختار: و ليس للخاص أن يعمل لغيره و لو عمل نقص من أجرته بقدر ما عمل فتاوى النوازل اه. و فى رد المحتار على الدر المختار: (قوله و ليس للخاص أن يعمل لغيره) بل و لا أن يصلى النافلة قال فى التتارخانية و فى فتاوى الفضلى و إذا استأجر رجلا يوما يعمل كذا فعليه أن يعمل ذلك العمل إلى تمام المدة و لا يشتغل بشىء آخر سوى المكتوبة و فى فتاوى سمرقند و قد قال بعض مشايخنا له أن يؤدى السنة أيضا و اتفقوا أنه لا يؤدى نفلا و عليه الفتوى و فى غريب الرواية قال ابو على الدقاقؒ لا يمنع فى المصر من إتيان الجمعة و يسقط من الأجر بقدر إشتغاله إن كان بعيدا و إن قريبا لم يحط شىء فان كان بعيدا و اشتغل قدر ربع النهار يحط عنه ربع الأجرة (قوله و لو عمل نقص من أجرته الخ) قال فى التاترخانية نجار استؤجر إلى الليل فعمل لآخر دواة بدرهم و هو يعلم فهو آثم و إن لم يعلم فلا شىء عليه و ينقص من أجر النجار بقدر ما عمل فى الدواة. (٣)فى يده أى بغير صنعه كذا فى الشامية. (٤)من عمله أى المأذون فيه فان أمره بعمل فعمل غيره ضمن ما تولد منه تاترخانية و فيها و إذا ساق الراعى الغنم فنطح أو وطئى بعضها بعضا من سوقه فان كان الراعى مشتركا ضمن على كل حال و كذا لو كانت لقوم شتى =>

أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض باذنه و هذا ظاهر عنده و كذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس و أجير الوحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالباً (١) فيؤخذ فيه بالقياس و أما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح و يصير نائباً منابه فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه و الله أعلم

---

في عمله أو تخرق الثوب من دقه أو انفسد الطبيخ أو احترق الخبز و نحو ذلك و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و عن بعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى فيه قولان في قول يضمن كالأجير المشترك و هو المنصوص عليه ذكره في الحلية و منهم من قال لا يضمن قولاً واحداً هذا كله إذا لم يتعمد الفساد فإن تعمد ذلك ضمن كالمودع إذا تعدى (أما الأول) و هو ما إذا تلف في يده (فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه) أي بإذن المستأجر (و هذا ظاهر عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و كذا عندهما) أي عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يتقبل أعياناً كثيرة رغبة في كثرة الأجر و قد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها و لا يأخذ إلا بقدر ما يقدر على حفظه (و الاجير الوحد) بإضافة الاجير إلى الوحد و لا يمتنع في هذه الإضافة دخول اللام في المضاف لأن الإضافة لفظية و في بعض النسخ و أجير الوحد بدون اللام في الأجير و هذا أشهر و أصوب و هو مبتدأ و خبره قوله (لا يتقبل الأعمال) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس) و هو عدم الضمان (و أما الثاني) و هو ما إذا تلف من عمله (فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها و الأمر بالتصرف فيها (فاذا أمره) أي أمر المستأجر الأجير (بالتصرف في ملكه) أي ملك المستأجر (صح و يصير) أي الأجير (نائبا منابه فصار فعله) أي فعل الأجير (منقولا إليه) أي إلى المستأجر (كأنه) أي المستأجر (فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه و الله أعلم) كما في الإكراه الملجي.

---

=> و هو أجير أحدهم و إن كان خاصا فان كانت الأغنام لواحد لا ضمان و إن لاثنين أو ثلاثة ضمن و ضورة الأجير الخاص في حق الاثنين أو الثلاثة أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيا شهرا ليرعى غنما لهما أو لهم اه و في جامع الفصولين و لا يضمن لو هلك شيء في سقي أو رعي و لو ذبحها الراعي أو الأجنبي ضمن لو رجي حياتها أو أشكل أمرها و لو تيقن موتها لا للاذن دلالة هو الصحيح و لا يذبح الحمار و لا البغل إذ لا يصلح لحمهما و لا الفرس عنده لكراهته تحريما و لو قال ذبحتها لمرضها لم يصدق ان كذبه لاقراره بسبب الضمان و يصدق في الهلاك و إن شرط أن يأتيه بسمة ما هلك اه ملخصا أي يصدق بيمينه جوهرة كذا في الشامية. (١) غالبا. ن. غالبة.

## باب الاجارة على أحد الشرطين

و إذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم و إن خطته رومياً فبدرهمين جاز و أىّ عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به و كذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم و إن صبغته بزعفران فبدرهمين و كذا إذا خيّره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة و كذا إذا خيّره بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا

---

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

لما بين الإجارة على شرط إذا كان مفسداً شرع فى بيان الشرطين و الاثنان بعد الواحد (و إذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً) أى خيطا فارسياً بمعنى خياطة فارسية أى منسوبة إلى صنعة فارس و هى التى تكون فيها الخياطة غرزة غرزة و قوله (فبدرهم) جواب الشرط و التقدير فأجرتك بدرهم (و إن خطته رومياً) أى خيطاً رومياً بمعنى خياطة رومية أى منسوبة إلى صنعة الروم و هى التى تكون الخياطة فيها غرزتين غرزتين و كذلك قوله (فبدرهمين) جواب الشرط بالتقدير الذى ذكرناه و قوله (جاز) جواب إذا أى جاز هذا الشرط (و أىّ عمل من هذين العملين) أى الخياطة الفارسية و الخياطة الرومية (عمل) أى الخياط (استحق الأجر به) أى استحق الأجر المسمى بالعمل و به قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية و قال (١) الشافعى و مالك و أحمد فى رواية و الثورى و إسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى لا يصح العقد و هو القياس و به قال زفر رحمه الله تعالى و هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أولاً ثم رجع عنه وجه القياس أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض و لا المعوض فلم يصح و له أجر المثل إذا عمل وجه الاستحسان أن الأجر يجب بالعمل و عند العمل ما يلزمه من البدل معلوم فلا تبقى الجهالة لا فى المعقود عليه و لا فى بدله (و كذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر) و هو زهر القرطم (فبدرهم) أى فأجرتك تكون بدرهم (و إن صبغته بزعفران) بفتح الزاى و الفاء جميعاً (فبدرهمين) أى فأجرتك تكون بدرهمين (و كذا إذا خيره) أى و كذا يصح إذا خيّر المؤجر المستأجر (بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة) فأى دار سكنها يلزمه ما عينه من الأجرة (و كذا إذا خيره) أى و كذا يجوز إذا خير المؤجر المستأجر (بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا) أى عشرة مثلا (أو إلى واسط بكذا) أى خمسة مثلا فان سافر إلى الكوفة يلزمه

---

(١) قال الشافعىّ الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص٨٧ ج٦.

و كذا إذا خيّره بين ثلاثة أشياء و إن خيّره بين أربعة لم يجز و المعتبر في جميع ذلك البيع و الجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع و في الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل و عند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً و في البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثابت الخيار

---

عشرة و إن سافر إلى واسط يلزمه خمسة (و كذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء) أي في الصور المذكورة بأن قال إن خطته فارسياً فلك درهم و إن خطته رومياً فلك درهمان و إن خطته تركياً أو نحو ذلك فلك ثلاثة دراهم فأى الأعمال عمل استحق الأجر المسمى و كذا إذا قال إن صبغته بعصفر فلك درهم و إن صبغته بزعفران فلك درهمان و إن صبغته بورس و نحوه فلك ثلاثة دراهم و كذا لو قال إن سكنت هذه الدار فعليك كل شهر خمسة و إن سكنت هذه فعليك عشرة و إن سكنت هذه فخمسة عشر و كذا لو قال آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بعشرة و إلى واسط بخمسة عشر و إلى الكوفة بعشرين و كذا لو قال للمزارع إن زرعتها بغير كراب فلك ربع الخارج و إن زرعتها بكراب فلك ثلثه و إن زرعتها بكرابين فلك نصفه و أيّ ذلك عمل فله شرطه (و إن خيّره بين أربعة لم يجز) أي و إن خير المؤجر المستأجر بين أربعة أنواع من الفعل لم يجز بأن قال إن خطته فارسياً فلك درهم و إن خطته رومياً فلك درهمان و إن خطته تركياً فلك ثلاثة دراهم و إن خطته هندياً فلك أربعة دراهم و قس الباقي على هذا (و المعتبر) أي المقيس عليه (في جميع ذلك البيع) فإذا باع أحد الثوبين أو أحد الأثواب الثلاثة جاز و إذا باع أحد الأثواب الأربعة لم يجز فكذا في الإجارة (و الجامع) في إلحاق الإجارة بالبيع في هذه الصور (دفع الخاجة) أي حاجة الناس و ضرورراتهم ثم أشار إلى بيان الفرق بينهما من وجه بقوله (غير أنه) أي أن الشأن (لا بد من اشتراط الخياط في البيع) فإنه إذا خيره بين ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء يكون للمشترى الخيار و كذا إذا خيّره بين ثلاثة (و في الإجارة لا يشترط ذلك) أي الخيار (لأن الأجر إنما يجب بالعمل) لا بالعقد (وعند ذلك) أي و عند العمل (يصير المعقود عليه معلوماً) فلا يحتاج إلى إثبات الخيار (و في البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا باثبات الخيار) و بهذا التعليل خرج الجواب عما قيل ما الفرق بين هذا و بين البيع و النكاح حيث يفسدان بالشرط و لا تفسد الإجارة فإنه لو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم أو هذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتى هذه بمائة درهم أو ابنتى فلانة بمائة دينار فقال قبلت كان باطلاً

و لو قال إن خطته اليوم فبدرهم و إن خطته غداً فبنصف درهم فإن خاطه اليوم فله درهم و إن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجاوز به نصف درهم و في الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم و لا يزاد على درهم و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الشرطان جائزان

---

(و لو قال إن خطته اليوم فبدرهم و إن خطته غداً فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم و إن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) لأن الشرط الأول جائز و الثاني فاسد و لهذا يجب المسمى في الأول و أجر المثل في الثاني (لا يجاوز به نصف درهم) أي لا يجاوز بأجر المثل في الثاني نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني (و في الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم و لا يزاد على درهم) ذكر هذا تنبيها على اختلاف الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا خاطه في اليوم الثاني فالأول ما ذكره القدوري رحمه الله تعالى و هو الصحيح و الثاني ما ذكره في الجامع الصغير لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة و تعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث يأتي بيانه عن قريب و قال الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره فان خاطه بعد غد فله أجر مثله في قولهم جميعا و اختلف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في أجر المثل على ما حكيته في الوجه الاول يزاد على الأجر الاول و لا ينقص من الأجر الثاني و روى عنه إن كان أجر مثله أقل من الأجر الثاني فله الأقل من الأجر الثاني و قال في الإملاء في هذه المسألة له أجر مثله لا يجاوز به درهما انتهى و قال القدوري رحمه الله تعالى في شرحه واختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا خاطه في اليوم الثاني فقال في إحدى الروايتين له أجر مثله لا يزاد على درهم و لا ينقص من نصف درهم و هذه رواية الاصل و الجامع الصغير و رواية محمد رحمه الله تعالى في الاملاء و إحدى الروايتين عن ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في نوادره و إحدى روايتي ابن سماعة ايضاً عن محمد رحمه الله تعالى في نوادره و روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في نوادره رواية أخرى أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يزاد على نصف درهم و هي الزواية الصحيحة انتهى و قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في النوادر أنه يجب في شرط الثاني أجر مثله لا يتجاوز به نصف درهم و ينقص عنه و هو اختيار الكرخي رحمه الله تعالى (و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الشرطان جائزان) ففي أيهما خاط يستحق المسمى فيه

و قال زفر رحمه الله تعالى الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد و قد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولاً وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل و ذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان و لهما أن ذكر اليوم للتأقيت و ذكر الغد للتعليق فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان و لأن التعجيل و التأخير مقصودان فنزل منزلة اختلاف النوعين

---

(و قال زفر رحمه الله تعالى الشرطان فاسدان) و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى فى ظاهر مذهبه و الثورى و اسحاق رحمهم الله تعالى و هو القياس (لأن الخياطة شيء واحد) لأنه استأجره على مطلق الخياطة فالفعل غير مختلف و إنما يختلف الزمان (و قد ذكر بمقابلته) أى بمقابلة شيء واحد الذى هو الخياطة (بدلان) و هما درهم و نصف درهم (على البدل) أى على طريق البدل (فيكون مجهولاً) أى فيكون البدل الذى هو الأجر مجهولاً فصار كأنه قال خطه بدرهم أو نصف درهم و هو باطل فكذا هذا (و هذا) توضيح لما قبله (لأن ذكر اليوم للتعجيل) لا للتوقيت (و ذكر الغد للترفيه) لا للإضافة و التعليق و لهذا لو أفرد العقد فى الغد بأن قال خطه غداً بنصف درهم ثبت هذا العقد فى اليوم حتى لو خاطه اليوم استحق نصف درهم (فيجتمع فى كل يوم تسميتان) فيبطل العقد للجهالة بيان ذلك إما فى اليوم الاول فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم و أما فى الغد فلأن العقد المنعقد فى اليوم باق لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد فهذا بيان اجتماع التسميتين فى كل يوم (و لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن ذكر اليوم للتأقيت) لأنه حقيقته فكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصراً على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد بل ينقضى بانقضاء الوقت (و ذكر الغد للتعليق) أى للإضافة لأن الإجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الإضافة إلى وقت فى المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة و إذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا فى الحال و قال الكاكى رحمه الله تعالى و لهذا ذكر فى بعض النسخ و ذكر الغد للاضافة (فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان) فيصح الشرطان (و لأن التعجيل و التأخير مقصودان) دليل آخر لهما و معناه أن المعقود عليه واحد و هو العمل و لكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه فى اليوم من التجمل و البيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك و يكون التأجيل مقصوداً (فنزل) باختلاف الغرض (منزلة اختلاف النوعين) من العمل كما فى الخياطة الفارسية و الرومية فإن قلت قد جعلا ذكر اليوم فى مسألة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ههنا قلت هنالك حملاً على

و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن ذكر الغد للتعليق حقيقة و لا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت و العمل و إذا كان كذلك يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول و يجب المسمى و يفسد الثانى و يجب أجر المثل

---

المجاز تصحيحاً للعقد و ههنا حملاً على الحقيقة للتصحيح أيضاً إذ لو عكس الأمر فى الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان من صحة العقد و الأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن ذكر الغد للتعليق) أى للاضافة و يجوز أن يقال عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف فى الغلة ليس بتسمية جديدة لأن التسمية الأولى باقية و إنما هو لحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغلة للتعليق أى لتعليق الحط بالتأخير و هو يقبل التأخير (حقيقة) أى من حيث الحقيقة فإذا كان حقيقة و أمكن العمل بها لا يصار إلى المجاز فلا يجتمع تسميتان فى اليوم (و لا يمكن حمل اليوم على التأقيت) الذى هو حقيقة اليوم (لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت و العمل) فانا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركاً و إذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافى لوازمهما فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل و ذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس فى المدة و تنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات و لذلك عدلنا عن الحقيقة التى هى التاقيت إلى المجاز الذى هو التعجيل (و إذا كان كذلك يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول) أى الشرط الأول (و يجب المسمى و يفسد الثانى) أى الشرط الثانى (و يجب أجر المثل) لأنه مقتضى الإجارة الفاسدة قيل فى جعل اليوم للتعجيل صحة الإجارة الأولى و فساد الثانية و فى جعله للتوقيت فساد الأولى و صحة الثانية و لا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكماً أجيب بأن فساد الإجارة الثانية يلزم فى ضمن صحة الأولى و الضمنيات غير معتبرة و استشكل على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى بمسألة المخاتيم فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت و أفسد العقد و ههنا للتعجيل و صححه و أجيب بأن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة فلا يترك ما لم يمنع مانع عن ذلك كما نحن فيه فإن الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه و قام الدليل على المجاز و هو نقصان الأجر للتأخير بخلاف حالة الإنفراد فإنه لا دليل ثمة على المجاز فكان للتأقيت مراداً و فسد العقد و رد بأن دليل المجاز قائم ثمة و هو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا إلى ظاهر الحال و أجيب بأن الجواز بظاهر الحال فى حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك و ليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل

لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني و في الجامع الصغير لا يزاد على درهم و لا ينقص من نصف درهم لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة و تعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى و لو قال إن أسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر و إن أسكنته حداداً فبدرهمين جاز و أيّ الأمرين فعل استحق المسمى

---

زائد على الجواز بظاهر الحال (لا يجاوز به) أى بأجر المثل (نصف درهم) قد قلنا فيما مضى ان هذا إسناد الفعل إلى الجار و المجرور على رأى الكوفيين فيكون قوله به فى محل الرفع و نصف درهم منصوب على المفعولية و قال زفر و الثلاثة رحمهم الله تعالى يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ (لأنه) أى نصف درهم (هو المسمى في اليوم الثاني) فان قلت فالدرهم أيضاً مسمي في اليوم الثاني لأن اليوم جعل للتعجيل فصار وجوده كعدمه فيكون ذكر الدرهم موجوداً في الغد فلا يكون راضياً بحط نصف درهم قلت هذا مسلم لكن ذكر النصف في الغد بطريق التصريح بخلاف ذكر الدرهم فهو مصرح في اليوم دون الغد (و في الجامع الصغير لا يزاد على درهم و لا ينقص من نصف درهم) إنما أعاد لفظ الجامع لبيان الدليل على اختلاف الرواية و لكن لو ذكره هناك كان أولى و أبعد من التكرار ظاهراً و قال الأترازى رحمه الله تعالى إنما أعاد لفظ الجامع للمخالفة الظاهرة بين رواية الجامع و الرواية الأولى قلت هذا وقوع فيما هرب عنه لأنه بين هناك تلك المخالفة و إنما الإعادة لما ذكرنا (لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة) على درهم (و تعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) عن نصف درهم (فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو الصحيح) احترز به عن الرواية الأخرى و هو أنه لا يزاد على درهم و لا ينقص عن درهم كذا في التقريب (لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى) بان لا يرضى و أما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف الدرهم و لا يزاد عليه ذكره في الايضاح (و لو قال إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً) أى حال كونك عطاراً و في بعض النسخ إن أسكنته عطاراً فعلى هذا يكون عطاراً مفعولاً (فبدرهم) أى فالأجرة بدرهم (في الشهر و إن أسكنت حداداً) أى حال كونك حداداً و في بعض النسخ و إن أسكنته حداداً فعلى هذا يكون حداداً مفعولاً (فبدرهمين) جاز و أيّ الأمرين فعل استحق المسمى

فيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا الإجارة فاسدة و كذا إذا استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه فبدرهم و إن أسكن فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يجوز و من استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم و إن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز و يحتمل الخلاف و إن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم و إن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يجوز وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول و كذا الأجر أحد الشيئين و هو مجهول و الجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية و الفارسية

---

فيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (الاجارة فاسدة) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و كذا) أي على الخلاف (إذا استأجر بيتاً على أنه إن سكن) يعني بنفسه (فيه) أي في البيت (فبدرهم) يعني فالاجرة بدرهم (و أن أسكن فيه حدادا فبدرهمين) أي فالأجرة بدرهمين (فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يجوز) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يجوز (و من استأجر دابة إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة و سكون الياء آخر الحروف و فتح الراء مدينة قديمة عند الكوفة (بدرهم و إن جاوز بها) أي بالدابة المستأجرة (إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز و يحتمل الخلاف) يعني حكم هذه المسألة يحتمل الخلاف لأن محمداً رحمه الله تعالى ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير و لم يحك فيه خلافاً فيحتمل أن يكون هذا قول الكل و يحتمل أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لا يجوز كما في نظائرها من المسائل و في الغاية مال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى إلى الإتفاق يعني أن الجواز قول الكل و مال فخر الإسلام إلى الخلاف يعني أن الجواز قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لا يجوز و إليه ذهب العتابي وغيره (و إن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم) الكر بضم الكاف و تشديد الراء (و إن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يجوز) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يجوز (وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول و كذا الأجر أحد الشيئين و هو مجهول و الجهالة توجب الفساد) أي الجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان (بخلاف الخياطة الرومية و الفارسية) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال مسألة الخياطة الرومية و الخياطة الفارسية فيها جهالة المعقود عليه و كانت صحيحة و تقرير

لأن الأجر يجب بالعمل و عنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية و التسليم فتبقى الجهالة و هذا الحرف هو الأصل عندهما و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه خيّره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية و الفارسية و هذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد و كذا في أخواتها و الإجارة تعقد للانتفاع و عنده ترتفع الجهالة و لو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به

---

الجواب أن يقال بالفرق بينهما (لأن الأجر) أي ثمة (يجب بالعمل و عنده) أي عند العمل (ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية) في الدار و الدكان (و التسليم)في الدار و الدكان و الدابة (فتبقى الجهالة) أي في الأجر و المعقود عليه (و هذا الحرف) أي هذا المعنى و هو قوله يجب الأجر بالتخلية و التسليم فتبقى الجهالة (هو الأصل عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه) أي المؤجر (خيّره) أي المستأجر (بين عقدين صحيحين مختلفين) لأن السكنى و عمل الحداد مختلفان (فيصح) عند الاجتماع كما يصح عند الانفراد (كما) يصح (في مسألة الرومية و الفارسية و هذا) أي كونهما مختلفين (لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ألا ترى أنه) أي إسكانه الحداد قاله صاحب العناية و الصحيح أن الضمير للشأن و أشار إلى إسكان الحداد بحرف الإشارة بقوله (لا يدخل ذلك في مطلق العقد) أي لا يدخل إسكان الحداد في مطلق عقد الإجارة (و كذا في أخواتها) يعني إذا استأجر ليركب هو بنفسه ليس له أن يركب غيره (و الإجارة تعقد) جواب عن قوله يجب الأجر بالتخلية إلى آخره و تقريره أن الإجارة تعقد (للإنتفاع و عنده) أي عند الانتفاع (ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به (و لو احتيج إلى الإيجاب) أي إيجاب الأجر (بمجرد التسليم) أي بمجرد التخلية بأن يسلم و لم ينتفع به (يجب أقل الأجرين) كما إذا ذكر درهماً و درهمين فالدرهم أقل الأجرين و بعضهم قالوا يتنصف كل واحد منهما و قيل يجب الأقل و يتنصف الفضل (للتيقن به) أي بالأقل إذ الفضل لايجب بالشك و الله تعالى اعلم.

## باب إجارة العبد

**و من استأجر عبداً ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق**

---

(باب إجارة العبد)

أخره عن الحر لانحطاط درجته في المعاملات (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من استأجر (١) عبداً ليخدمه فليس له) أي للمستأجر (أن يسافر به إلا (٢) أن يشترط ذلك) أي السفر حتى لو سافر به يضمن لمولاه لأنه صار غاصبا و لو رده إلى مولاه سالماً لا أجر له عندنا خلافاً للثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) أي

---

(١)و من استأجر الخ. و في الهندية: قال علماؤنا رحمهم الله تعالى يكره للرجل أن يستأجر حرة أو أمة يستخدمها و يخلو بها لأن الخلوة بالأجنبية منهى عنها كذا في الظهيرية حرة آجرت نفسها ذا عيال لا باس به و كره له أن يخلو بها قال فخر الدين قاضي خان هذا تاويل ما جاء في الاصل و به يفتي هكذا في الكبرى و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا استأجر الرجل امرأته لتخدمه كل شهر باجر مسمى لا يجوز كما لو استأجرها لعمل من أعمال البيت من الخبز و الطبخ و ارضاع ولده منها و لو استأجرها لتخدمه فيما ليس من جنس خدمة البيت كرعي دوابه و ما أشبه ذلك يجوز لأن ذلك غير مستحق عليها كذا في المحيط و لو كانت المرأة أمة جاز كذا في الخلاصه و في الصيرفية استأجر امرأة لتخبز له خبزا فللاكل لا يجوز و للبيع جاز كذا في التتارخانية و لو استأجرت المرأة زوجها للخدمة أو لرعي الغنم فهو جائز و له أن يفسخها و لا يخدمها في ظاهر الرواية و روى أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه باطل و هكذا ذكر الحاكم في مختصره وجه ظاهر الرواية أن خدمتها غير مستحقة عليه و منافعه مملوكة له فجازت الاجارة بهذا الاعتبار و لو خدمها استحق الأجر كذا في محيط السرخسي و به يفتي كذا في جواهر الاخلاطي و لو استأجر أبويه لم يجز حرين كانا أو عبدين لغيره أو كافرين و له الأجر إذا عمل و لا ينقص الأجر متى كان أجر المثل أنقص من المسمى كذا في محيط السرخسي و ان استأجر جده أو جدته للخدمة لا يجوز و لو خدم فله المسمى و يستوى في ذلك أن لا يكون الابن حرا أوعبدا مسلما أو كافرا كذا في المحيط و لو استأجر ابنه و المرأة ابنها ليخدمها في بيتها لم يجز و لا يجب الأجر إذا خدم إلا إذا كان حرا أو مكاتبا كذا في الخلاصة و إن كان الابن حرا فاستأجر أحد الابوين ليرعى غنما له أو استجاره لعمل آخر وراء الخدمة فانه يجوز كذا في الذخيرة و في الفتاوى امرأة قالت لزوجها اغمز رجلي على أن لك ألف درهم فغمز الزوج رجلها إلى أن قالت لا أريد الزيادة فالاجارة باطلة و هذا الجواب يوافق رواية أبي عصمة و يخالف ظاهر الرواية كذا في التتارخانية و يجوز الاستئجار للخدمة فيما بين الاخوة و سائر القرابات و من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال إذا استأجر عمه للخدمة و العم الاكبر أو استأجر أخاه الاكبر للخدمة لا يجوز كذا في المحيط المسلم إذا آجر نفسه من كافر ليخدمه جاز و يكره قال الفضلي لا يجوز للخدمة و ما فيه الاذلال بخلاف الزراعة و السقي كذا في الخلاصة. (٢)إلا أن يشترط ذلك و هذا إذا استأجره في المصر و لم يكن على تهيئة السفر أما إذا كان على تهيئة السفر ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى و أما إذا كان مسافرا و استأجره فله أن يسافر كذا في الجوهرة.

و لهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد و القصار في الدار و لأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب و من استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً و أعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر و أصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل

---

إطلاق العقد و اعترض بأن المستأجر في ملك منافعه كالمولي و للمولي أن يسافر بعبده فكذا للمستاجر و أجيب بأن المولي إنما يسافر به لأنه يملك رقبته و المستأجر ليس كذلك و نوقض بمن ادعى داراً و صالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعى أن يخرج بالعبد إلى السفر و إن لم يملك رقبته و أجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد فبالاخراج يلزمه ما لا يلتزمه من مؤنة الرد و في الصلح ليست مؤنة الرد على المدعى عليه لأنه يزعم أنه يملك الخدمة بغير بشيء فهو كالموصى له بالخدمة فمؤنة الرد عليه دون الوارث (و لهذا) أي و لاشتمال السفر على زيادة مشقة (جعل السفر عذراً) فإن استأجر غلاماً ليخدمه في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد (فلا بد من اشتراطه) أي إذا كان كذلك فلا بد من اشتراط السفر (كإسكان الحداد و القصار في الدار) فإنه ليس له ذلك إلا بالاشتراط (و لأن التفاوت بين الخدمتين) أي خدمة الحضر و خدمة السفر (ظاهر فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب) فإنه إذا استأجر دابة ليركب بنفسه فليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا (و من استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً و أعطاه الأجر) أراد أنه أعطاه الأجر بعد العمل (فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) أي ليس له أن يسترد الأجر منه و صورة المسألة في الجامع الصغير محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رجل استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فعمل عنده فأعطاه الأجر قال أجيز ذلك و ليس للمستأجر أن يأخذ الأجر انتهى قال الحاكمُ في الكافي و إذا آجر العبد المحجور نفسه من رجل سنة بمائة درهم ليخدمه فخدمه ستة أشهر ثم عتق فالقياس أنه لا أجر له فيما مضى لأن المستأجر صار ضامناً له فلا يجتمع الأجر و الضمان و لكنا استحسنا إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى فيأخذه العبد و يدفعه إلى مولاه و تجوز الاجارة فيما بقي من السنة للعبد و لا خيار له في نقض الاجارة لأنها جازت بعد عتقه بغير إجازة المولي و كذلك الجواب إذا كان نقض الاجارة في حال رقه و يكون للعبد منها حصة ما بقي و للمولي حصة ما مضى (و أصله) أي أصل هذا الحكم (أن الاجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ) أي العبد (من العمل

و القياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى و قيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضار على اعتبار هلاك العبد و النافع مأذون فيه كقبول الهبة و إذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر و من غصب عبداً فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر و له أن الضمان إنما يجب باتلاف مال محرز لأن التقوم به و هذا غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه

---

و القياس أن لا يجوز) أي الاجارة (لانعدام إذن المولى و قيام الحجر) في العبد فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال و لا أجر على الغاصب (فصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب و الأجر و الضمان لا يجتمعان و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى يجب أجر المثل بقدر العمل (وجه الاستحسان أن التصرف) أي تصرف العبد (نافع على اعتبار الفراغ سالما) أي فراغ العبد عن العمل (ضار على اعتبار هلاك العبد و النافع مأذون فيه كقبول الهبة) فانه يجوز من العبد (و إذا جاز ذلك) أي العقد بعد ما سلم من العمل صح قبض العبد الأجرة لأنه هو العاقد و قبض البدل إلى العاقد و متى صح قبضه (لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) يعني لم يكن له أن يسترد الأجر منه و كذا الحكم في الصبي المحجور إذا آجر نفسه و سلم من العمل إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية و عليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل يجب عليه قيمته و لا أجر عليه لما ذكرنا أنه صار غاصباً (و من غصب عبداً فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه) أي على الغاصب (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) قيد بقوله فآجر العبد نفسه لأنه لو آجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك و لا ضمان على الغاصب بالاكل بالاتفاق و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى يرجع المالك على الغاصب بأجر المثل كما لو آجر العبد نفسه و إن آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة عن المولى لأنه هو العاقد (و قالا) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الاجارة قد صحت على ما مر) أشار به إلى وجه الاستحسان المذكور آنفاً و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن الضمان إنما يجب باتلاف مال محرز لأن التقوم به) أي تقوم المال يثبت بالاحراز (و هذا) أي هذا المال (غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه) أي عن الغاصب

فكيف يحرز ما في يده و إن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله و يجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر و من استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة و شهراً بخمسة فهو جائز و الأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز أو نظراً إلى تنجز الحاجة

(فكيف يحرز ما في يده) و هذا لأن الاحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه و يد الغاصب ليست بهما و يد العبد كذلك لأنه في يد الغاصب فإن قيل الغاصب إذا ستهلك ولد المغصوبة ضمنه و لا إحراز فيه أجيب بأنه تابع للأم لكونه جزءاً منها و هي محرزة بخلاف الأجر فإنه حصل من المنافع و هي غير محرزة (و إن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه لأنه وجد عين ما له) و لا يلزم من بطلان التقوم و العصمة بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فإنه يأخذه إذا وجده و لا يضمن بإتلافه عندنا (و يجوز (١) قبض العبد الأجر في قولهم جميعاً لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) أشار به إلى قوله و النافع مأذون فيه كقبول الهبة و فائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجرة عن عهدة الأجرة فإنه يحصل بالاداء إليه (و من استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة و شهراً بخمسة فهو جائز و الأول منهما) أي و الشهر الاول من الشهرين (بأربعة لأن (٢) الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز) أي طلباً لصحة العقد و ذلك لأنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولاً و الاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهرا و سكت فانه ينصرف إلى ما يلي العقد (أو نظراً إلى تنجز الحاجة) فإن الانسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك و الظاهر وقوعها عند

(١)ويجوز قبض العبد الأجر الخ. قال الطوري رحمه الله تعالى في تكملته: و هذه مكررة مع قوله "فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر" لأنه أفاد صحة القبض و منع الأخذ فهي تكرار بلا فائدة اه. و في تقريرات الرافعي: قد يقال إن العبارة الأولى إنما أفادت صحة القبض بالنسبة لما بين العبد و المستأجر و هذه أفادت صحته بالنسبة للمولى اه. (٢)لأن الشهر الخ. قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل إنما يستقيم إذا نكر الشهر و هنا عرف بقوله هذين قلت رأيت في المبسوط و الجامع الصغير للعتابي و غيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منها استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة و شهر بخمسة و يحتمل أن يحمل قوله هذين على ما إذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة و شهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت إيجاب المؤجر فينفي التنكير فصلح التعليل بتنجز الحاجة لاثبات التعيين إلى هنا كلامه. أقول لعل المصنف إنما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك إشعارا بأن جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك و تعريفه سيان عند تنكير شهرا في شهرا بأربعة و شهرا بخمسة كذا قاله قاضي زاده في النتائج.

فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة و من استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر و هو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته و قال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر و إن جاء به و هو صحيح فالقول قول المؤاجر لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيرجح بحكم الحال إذ هو دليل على قيامه من قبل و هو يصلح مرجحاً و إن لم يصلح حجة في نفسه أصله

---

العقد و إذا انصرف الاول إلى ما يلي العقد و الثاني معطوف عليه (فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة) و كذا لو استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين و شهراً بخمسة فالأولان بدرهمين و بقولنا قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى و بعض أصحاب أحمد لا يصح هذا العقد حتى يسمى السنة أو الشهر و يذكر أى سنة أو أى شهر فيما إذا قال آجرتك شهراً أو سنة فإن قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكراً مجهولاً و المذكور في الكتاب ليس كذلك قيل له المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكأن المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهرا بأربعة و شهراً بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا بأربعة و شهرا بخمسة (و من استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر و هو آبق أو مريض) أى و الحال أنه آبق أو مريض (فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته و قال المولى لم يكن ذلك) أى الاباق أو المرض (إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر) أى لا يجب الأجر و به قال أحمد في رواية (و إن جاء به) أى بالعبد (و هو صحيح فالقول قول المؤاجر) أى المالك فيستحق الأجر و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى في رواية (لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيرجح بحكم الحال) و في بعض النسخ فيترجح (إذ هو) أى الحال (دليل على قيامه) أى قيام أمر محتمل (من قبل) أى من قبل الاختلاف (و هو يصلح مرجحاً) أى الحال يصلح مرجحا هذا جواب سؤال و هو أن يقال الحال تصلح للدفع عندنا لا للاستحقاق كما عرف في الاصول فإذا جاء بالعبد و هو صحيح فالقول للمالك و يستحق الأجر فالحال حينئذ كانت موجبة للاستحقاق فأجاب بقوله و هو يصلح مرجحاً (و إن لم يصلح حجة في نفسه) و بيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد إليه في المدة و لكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل مرجحاً لكلام المؤجر لا موجباً للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة (أصله) أى أصل هذا الحكم و قال

الاختلاف في جريان ماء الطاحونة و انقطاعه

الكاكي أي أصل هذا الاختلاف بين المالك و المستأجر (الاختلاف في جريان ماء الطاحونة و انقطاعه) فإنه يحكم الحال فإن كان الماء منقطعاً وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى و إن كان جارياً فالقول لرب الرحى مع يمينه و لو اختلفا في قدر الانقطاع فالقول للمستأجر و البينة للمؤجر و على هذا لو أعتق جارية و لها ولد فقال المولى أعتقتك بعد الولادة و الولد ملكي و قالت أعتقتني قبل الولادة و قد عتق بإعتاقي فالقول لمن كان الولد في يده و كذا لو باع شجراً فيه ثمر ثم قال البائع بعت الاشجار دون الثمار و المشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا ينظر إن كان الثمار في يد البائع فالقول له و إن كان في يد المشتري فالقول للمشتري و هذا كله تحكيم للحال كذا ذكره التمرتاشي و المحبوبي فروع: قال الحاكم في الكافي رجل آجر عبده من رجل سنة بمائة درهم للخدمة فخدمه ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعبد بالخيار إن شاء فسخ الاجارة و كان أجر ما مضى للمولى و إن شاء مضى عليها و للعبد أجر ما بقي من المدة إلا أن المولى هو الذي يتولى قبض جميع الأجرة و ليس للعبد نقضها بعد ما اختار عليها المضي و إن كان المستأجر عجل الاجر كلها للمولى قبل أن يعمل شيئاً في أول الاجارة فالأجرة كلها للمولى إذا اختار العبد المضي على الاجارة لأن المولى ملك الأجرة قبل عتقه فإن كانت الأجرة شيئاً معينة في جميع هذه الوجوه فالجواب فيه كالجواب في الدراهم و أما صداق المرأة المعتقة إذا اختارت النكاح فهو للمولى إن كان قبضه أو لم يقبضه لأنه وجب بالعقد و الأجر يجب يوماً فيوماً إذا لم يكن قبضه و كذلك الجواب في العبد إذا ولي إجارة نفسه بإذن المولى إلا أن العبد هو الذي يلي القبض و هو الذي يطالب بالرد ما يجب رده من المقبوض عند الفسخ و يرجع هو به على المولى عيناً كان ذلك في يد المولى أو مستهلكاً لأنه إنما وجب بعد العتق و الفسخ و كذلك الأمة إذا زوجت نفسها بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار و كذلك الصبي إذا آجره الوصي في عمل من الأعمال فلم يتم العمل حتى بلغ الغلام مبلغ الرجال فهو بالخيار في المضي على الاجارة أو فسخها و كذلك الاب إذا آجر ابنه ثم أدرك الابن و لو كان الاب أو الوصي آجر دار الصبي سنين معلومة فأدرك الغلام لم يكن له أن يبطل الاجارة لأنهما في ما له بمنزلة وكيل الكبير.

## باب الاختلاف

قال و إذا اختلف الخياط و رب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء و قال الخياط قميصاً أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر و قال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب لأن الإذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته لكن يحلّف لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه قال و إذا حلف فالخياط ضامن و معناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه و إن شاء أخذه و أعطاه أجر مثله و كذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة

---

(باب الاختلاف)

أي هذا باب في بيان الاختلاف بين المؤجر و المستأجر لما ذكر اتفاق المتعاقدين شرع في بيان اختلافهما و هو فرع فلذلك أخره (قال) أي القدوريّ (و إذا اختلف الخياط و رب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء و قال الخياط قميصاً أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر و قال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) أي مع يمينه و به (١) قال مالك و الشافعي في قول و أبو ثور رحمهم الله تعالى و قال أحمد و ابن أبي ليلى و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول القول للخياط و الصباغ و قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى له قول ثالث و هو إنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن و إذا تحالفا سقط الضمان عن الخياط و سقط الأجر و بعضهم قال الصحيح إن القول لرب الثوب (لأن الإذن يستفاد من جهته) أي من جهة رب الثوب (ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن) بأن أنكر عقد الاجارة أصلاً (كان القول قوله) أي قول صاحب الثوب (فكذا إذا أنكر صفته) أي صفة الاذن بخلاف المضارب لأن الأصل في المضاربة العموم في أنواع التجارة فالخصوص عارض فكان القول لمن ينكر العارض (لكنه يحلّف) أي صاحب الثوب (لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه) أي لو أقر بذلك الشيء لزمه ذلك الشيء بإقراره (قال) أي القدوريّ (و إذا حلف فالخياط ضامن و معناه ما مر من قبل) أي قبل باب الاجارة الفاسدة في قوله و من دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء (أنه) أي أن رب الثوب (بالخيار إن شاء ضمنه) أي قيمة الثوب (و إن شاء أخذه) أي القميص (و أعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى (و كذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف) أي رب الثوب (إن شاء ضمنه قيمة

---

(١) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى ص ١١٢ ج ٦.

**الثوب أبيض و إن شاء أخذ الثوب و أعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى و ذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب و إن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر و قال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد و ينكر الضمان**

---

الثوب أبيض و إن شاء أخذ الثوب) أى الثوب الاصفر (و أعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى) و اعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به و الأجير خالف و ههنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك و أجيب بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب و لما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء (و ذكر في بعض النسخ) أى نسخ القدورى (يضمنه ما زاد الصبغ فيه) أى يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ فالأولى أعنى قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية و الثانية اعنى قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعةؒ عن محمدؒ وجه الظاهر و هو الأصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض و الصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية ابن سماعةؒ ما أشار إليه بقوله (لأنه بمنزلة الغاصب) يعنى ان الصباغ بمنزلة الغاصب و الحكم في الغصب كذلك و هو أن الغاصب صبغه أحمر أو أصفر فان شاء رب الثوب ضمنه قيمة الثوب و إن شاء أخذ الثوب و أعطاه ما زاد الصبغ فيه فكذلك هنا و في خلاصة (١) الفتاوى و الصباغ إذا خالف فصبغ الأصفر مكان الأحمر إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض و إن شاء أخذه و أعطاه ما زاد الصبغ فيه فلا اجر له و لو صبغ رديئا إن لم يكن فاحشاً لا يضمن و إن كان فاحشاً بحيث يقول أهل تلك الصبغة إنه فاحش يضمن قيمة ثوب أبيض و في المحيط و لو أمره أن يصبغه بزعفران أو ببقم فصبغه عين ما سمى إلا أنه لم يشبع صبغه و قد أمر صاحب الثوب أن يشبعه فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ويسلم له الثوب و إن شاء أخذه و اعطاه أجر مثله لا يزاد على المسمى في الأصل إلى هنا لفظ الخلاصة (و إن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر و قال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى (لأنه) أى لأن صاحب الثوب (ينكر تقوم عمله) أى عمل الصانع (إذ هو) أى العمل (يتقوم بالعقد و ينكر الضمان) أى

---

(١) خلاصة الفتاوى ص ١٢٧ ج ٣.

و الصانع يدعيه و القول قول المنكر و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن كان الرجل حريفا له أى خليطاً له فله الأجر و إلا فلا لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما و قال محمد رحمه الله تعالى إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله لأنه لما فتح

---

وجوب الأجر (و الصانع يدعيه و القول قول المنكر و قال أبو يوسفؒ إن كان الرجل حريفاً له أى خليطاً له) بأن (١) تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر و حريف (٢) الرجل من يكون بينه و بين الرجل أخذ و إعطاء و معاملة و أصله من الحرفة و الاحتراف وهو الاكتساب (فله الأجر و إلا فلا) أى و ان لم يكن حريفاً له فلا أجرة (لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما) أى لأن سبق ما بين رب الثوب و الصباغ مثلاً من التعامل بأجر يعين جانب الطلب بأجر جرياً على عادتهما من التعامل بالأجر (و قال (٣) محمد رحمه الله تعالى إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر) بأن اتخذ دكاناً و انتصب بعمل الصياغة أو القصارة بالأجر (فالقول قوله لأنه لما فتح

---

(١)بأن تكررت الخ. كذا فى العناية و فى التبيين: بأن كان يدفع إليه شيئا للعمل و يقاطعه عليه. (٢)حريف الرجل الخ. و فى المغرب: الحرفة بالكسر: اسم من الاحتراف الاكتساب و حريف الرجل معامله و منه "رجل له حريف من الصيارفة أمره أن يعطى رجلا ألف درهم قضاء عنه أو لم يذكر قضاء عنه ففعل فانه يرجع على الآمر و إن كان غير حريف فان قال قضاء عنّى رجع و إلا فلا". (٣)قال محمد رحمه الله تعالى الخ. و فى الدر المختار على الدر المختار على الدر المختار: قال محمد رحمه الله تعالى إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر و قيام حاله بها أى بهذه الصنعة كان بيمين القول قوله بشهادة الظاهر و إلا فلا و به يفتى زيلعى و هذا بعد العمل أما قبله فيتحالفان اختيار اه. و فى رد المختار: (قوله فيتحالفان) و يبدأ بيمين المستأجر لأن كلا يدعى عقدا و الآخر ينكره فأحدهما يدعى هبة العمل و الآخر بيعه اختيار. (تتمة) قال فى الخانية: استأجر شيئا فلم يتصرف به حتى اختلفا فقال المستأجر الأجر خمسة دراهم و قال المؤجر عشرة يتحالفان و أىّ نكل لزمه و يبدأ بيمين المستأجر فاذا تحالفا فسخ القاضى العقد و أىّ برهن يقبل و إن برهنا يقضى ببينة المؤجر لأنه يثبت حق نفسه و كذا لو اختلفا فى مدة أو مسافة إلا أنه يبدأ فيهما بيمين المؤجر و أىّ برهن يقبل و لو برهنا يقضى ببينة المستأجر و لو قال المستأجر آجرتنى شهرين بعشرة و قال الآخر بل شهرا واحدا بعشرة فأيهما برهن يقبل و لو برهنا فبينة المستأجر و لو اختلفا فى أجر و مدة جميعا أو فى أجر و مسافة جميعا يتحالفان فتفسخ الاجارة و أىّ برهن يقبل و لو برهنا يقضى بهما جميعا فيقضى بزيادة الأجر ببينة المؤجر و بزيادة المدة أو المسافة ببينة المستأجر و أىّ بدأ بالدعوى يحلف صاحبه أولاً و لو اختلفا فى هذه الوجوه بعد مضى مدة الاجاة عند المستأجر أو بعد ما وصل المقصد فالقول للمستأجر بيمينه و لا يتحالفان إجماعا و لو اختلفا فى الأجر بعد مضى بعض المدة أو بعد ما سار بعض الطريق يتحالفان فتفسخ فيما بقى و القول للمستأجر فى حصة الماضى اه.

الحانوت (١) لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر و القياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى لأنه منكر و الجواب عن استحسانيهما أن الظاهر للدفع و الحاجة ههنا إلى الاستحقاق و الله أعلم.

---

باب الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى قال شيخ الاسلام و صاحب المحيط الفتوى على قول محمد (و القياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى لأنه منكر) للإجارة و المنافع لا تتقوم إلا بالعقد عندنا بخلاف ما لو دفع إلى آخر عيناً ثم اختلفا فقال الدافع قرض و قال الآخر هبة فالقول لمن يدعى القرض لأن العين متقوم بنفسه فالآخر يدعى الإبراء عن قيمته فالقول لمنكر الابراء و هو مدعى القرض (و الجواب عن استحسانيهما أن الظاهر للدفع) أى الظاهر يصلح للدفع عن نفسه (و الحاجة ههنا إلى الاستحقاق) لا للدفع نظيره دار فى يد رجل فزعم آخر أنه ملكه فالقول لذى اليد و لا ينزع من يده بلا حجة فلو بيعت دار بحنبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يأخذها بمجرد اليد حتى يقيم بينة أنه ملكه لأن ثبوت الملك بظاهر اليد يصلح للدفع لا للإستحقاق و الأخذ من يد المشترى استحقاق فلا يملكه بدون البينة كذا هنا فروع: قال الاسبيجابى فى شرح الكافى و لو سلم ثوباً إلى صباغ يصبغه أحمر فصبغه ثم اختلفا فقال الصباغ صبغته بدرهم و قال رب الثوب صبغته بدانقين فانى أنظر إلى ما زاد الصبغ فيه فإن كان درهما أو أكثر فله درهم لأن الحال يصلح حكماً فى الباب فكان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه و إن كان أقل من دانقين أعطيته دانقين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغته إلا بدانقين و إن كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه لأنه يدعى عليه زيادة أجر و هو ينكر و لو قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر كان القول قوله لأن السواد ينقص الثوب أما إذا كان صبغاً يزيد فى الثوب فقال رب الثوب صبغته بغير أجر و قال الصباغ صبغته بدرهم فانهما يتحالفان لأن هذا يدعى الهبة و الآخر يدعى الاجارة فكان كل منهما مدعياً و مدعى عليه ثم يضمن رب الثوب ما زاد الصبغ فيه لا يتجاوز به درهما و لو اختلف القصار و رب الثوب فى مقدار الأجرة فان كان لم يأخذ فى العمل تحالفا و ترادا و ان كان بعده فالقول قول رب الثوب و لا يتحالفان و كذا لو قال عملته لى بغير أجر فالقول قول رب الثوب لأن العمل يتقوم بالعقد و هو ينكر العقد.

---

(١) الحانوت. ن. باب الحانوت.

## باب فسخ الاجارة

قال و من استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ لأن المعقود عليه المنافع

(باب فسخ الاجارة)

تأخير هذا الباب ظاهر المناسبة لأن الفسخ رفع العقد السابق فبالضرورة هو متأخر (قال) أى القدورى (و من استأجر داراً فوجد (١) بها عيباً يضر بالسكنى فله (٢) الفسخ) أى فللمستأجر ولاية الفسخ قيد العيب بالاضرار بالسكنى لأنه إذا كان عيباً لا يضر بالسكنى كحائط سقط و لم يكن محتاجاً إليه فى السكنى لم يثبت الخيار و كذا لو كان المستأجر عبداً للخدمة فسقط شعره أو ذهبت إحدى عينيه و ذلك لا يضر بالخدمة لم يثبت له الخيار كذا فى الإيضاح و فى الفتاوى الصغرى و التتمة إذا سقط حائط أو انهدم بيت من الدار المستأجرة للمستأجر أن يفسخ و لا يملك الفسخ بغيبة المالك بالإجماع لأن هذا رد بالعيب و ذلك لا يصح إلا بحضرة المالك بالإجماع إنما الخلاف فى الرد بخيار الشرط و إن انهدمت الدار كلها فله الفسخ من غير حضرة المالك لكن الإجارة لا تنفسخ ما لم تفسخ لأن الانتفاع بالعرصة ممكن و إليه ذهب خواهر زادة و فى إجارات شمس الأئمة إذا انهدمت الدار كلها فالصحيح أنه لا تنفسخ الإجارة لكن تسقط الأجرة عنه فسخ أو لم يفسخ و إذا استأجر أرضاً للزراعة فزرع فاصطلمه آفة وجب أجر ما مضى و سقط أجر ما بعد الاصطلام (لأن المعقود عليه المنافع) هذا دليل على المذكور و قيل هذا دفع شبهة ترد على الإجارة من جانب البيع و هى أن يقال إن عقد الإجارة عقد لازم كالبيع و العيب الحادث

(١)فوجد بها عيبا الخ. و فى الشامية: و الأصل فيه أن العيب إذا حدث بالعين المستأجرة فان أثر فى المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد إذا مرض و الدار إذا انهدم بعضها لأن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه فحدوث عيب قبل القبض يوجب الخيار و إن لم يؤثر فى المنافع فلا كالعبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه أو سقط شعره و كالدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به فى سكناها لأن العقد ورد على المنفعة دون العين و هذا النقص حصل بالعين دون المنفعة و النقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار اتقانى و فى الذخيرة إذا قلع الآجر شجرة من أشجار الضياع المستأجرة فللمستأجر حق الفسخ إن كانت الشجرة مقصودة. (٢)فله الفسخ ظاهره أفاد أن فسخ الاجارة لا يتوقف على رضا الآخر و لا على القضاء و فى التتارخانية: و إذا تحقق العذر هل ينفسخ بنفسه أو يحتاج إلى الفسخ؟ إشارات الكتب متعارضة ففى بعضها ينفسخ بنفس العذر و به أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى و فى عامتها يحتاج إلى الفسخ و عليه عامة المشايخ رحمهم الله تعالى و هو الصحيح و قيل العقد ينفسخ بدون الرضا قيل هو الصحيح و بعض المشايخ رحمهم الله تعالى قال إن كان العذر يمنع المضى ينفسخ بنفسه و لا يحتاج إلى القضاء و إن كان لا يمنع المضى يحتاج إلى القضاء اه. و فى الزيادات: يرفع الأمر إلى القاضى ليفسخ الاجارة. قال شمس الأئمة: رواية الزيادات أصح كذا فى الخلاصة. و فى الجامع الصغير: يشترط لصحة الفسخ الرضا أو القضاء اه كذا فى تكملة الطورى.

و انها توجد شئياً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كما فى البيع ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع و إن فعل المواجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال و إذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة لأن المعقود عليه قد فات و هى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض و موت العبد المستأجر و من أصحابنا من قال إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها

---

فى البيع بعد قبض المشترى لا يثبت الرد فكان ينبغى أن لا يرد فى الإجارة بعد القبض أيضاً فأجاب عنه بقوله لأن المعقود عليه المنافع (و انها توجد شئياً فشيئاً) يعنى شيئاً بعد شيء و كل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الإبتداء (فكان هذا) أى ما وجد من العيب (عيباً حادثاً قبل القبض) و إن كان بعد القبض صورة (فيوجب الخيار) أى إذا كان الأمر كذلك فيوجب الخيار (كما فى البيع) فإنه إذا حدث فيه العيب قبل القبض ينفرد المشترى بالفسخ كذلك هنا و على هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثاً بعد قبض المستأجر أو قبله لأن الذى حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه و هو المنافع (ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل) و به قال الشافعى فى الأظهر و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه لا يلزمه جميع الأجر (كما فى البيع) إذا رضى بالعيب لا يرجع بالنقصان كذلك ههنا إذا رضى بالعيب لا يكون له أن ينقص فى أجرة الدار شيئا فى مقابلة العيب (و إن فعل المواجر ما أزال به العيب) بأن أصلح فى الدار المستأجرة ما كان يضر بالسكنى (فلا خيار للمستأجر لزوال سببه) أى سبب الخيار و هو العيب المضر بالسكنى قبل فسخ العقد (قال و إذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة) بكسر الشين (أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و عن بعض أصحاب أحمد و الشافعى رحمهم الله تعالى فى الأرض التى انقطع ماؤها لم تنفسخ الاجارة كما قاله بعض أصحابنا على ما يجيء الآن إن شاء الله تعالى (لأن المعقود عليه قد فات و هى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض و موت العبد المستأجر) بفتح الجيم (ومن أصحابنا من قال) أراد بذلك شيخ الاسلام و شمس الأئمة السرخسى و غيرهما فانهم قالوا (إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها) لأن أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء و يتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط و فى انقطاع الماء لو فاتت من

فأشبه الإباق في البيع قبل القبض و عن محمد رحمه الله تعالى أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع و لا للآجر و هذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ و لو انقطع ماء الرحي و البيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه

كل وجه لكنها تحتمل العود (فأشبه الاباق) أى إباق العبد (فى البيع قبل القبض) و ذلك لا يوجب الانفساخ و استدل هؤلاء على صحة ما ذهبوا إليه بما روى هشامٌ عن محمد رحمه الله تعالى و أشار إليه المصنفُ بقوله (و عن محمدٌ أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع) يعنى لو استأجر بيتاً فانهدم ثم بناها الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع عن القبض (و لا للآجر) أى و ليس للآجر أن يمتنع عن التسليم (و هذا) أى ما روى عن محمدٌ (تنصيص منه) أى من محمدٌ (على أنه) أى على أن عقد الاجارة (لم ينفسخ لكنه يفسخ) أى يستحق الفسخ و قال فى الكافى و هو الأصح و أما من قال بأنها تنفسخ فانهم أيضاً استدلوا على ذلك بما ذكره محمدٌ فى كتاب البيوع و لو سقطت الدار فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار حاضراً أو غائباً فهذا إشارة إلى أن الانفساخ بمجرد الانهدام حيث ما شرط حضرة صاحبها لأنه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لأنه رد بعيب و هو لا يصح إلا بحضرة المالك بالاجماع و فى الغاية و الذى ينفسخ بالانهدام يعود بالبناء و مثله جائز كما فى الشاة المبيعة إذا ماتت فى يد البائع ينفسخ العقد ثم إذا دبغ جلدها يعود العقد بقدره فكذا هذا و هذا بخلاف السفينة إذا نقضت و صارت ألواحاً ثم ركبت و أعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينة أخرى ألا ترى أن من غصب ألواحاً و جعلها سفينة ينقطع حق المالك فأما عرصة الدر فلا تتغير بالبناء عليها(و لو انقطع ماء الرحى و البيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه) هذا أورده استشهادا به على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء و فى الأصل إذا انقطع ماء الرحى ينفسخ و يثبت الخيار للعاقد فان لم ينفسخ حتى عاد الماء لزمه الاجارة فيما بقى من الشهر لزوال الموجب للفسخ و يرفع الاجر عنه بحساب ذلك أى بحساب ما انقطع المآء فى المدة و لو لم يفسخها و مضت المدة فلا أجر عليه فى ذلك و لو نقص ماء الرحى إن كان النقصان فاحشاً فله حق الفسخ و إلا فلا لأن مدة الاجارة لا تخلو عن نقصان غير فاحش غالباً و تخلو عن نقصان فاحش قال القدورىٌ فى شرحه إذا صار يطحن أقل من النصف فهو فاحش و فى الخلاصة (١) قال

(١) الخلاصة ص ١٤١ ج ٣.

قال و إذا مات أحد المتعاقدين و قد عقد

الناطفيّ و إذا طحن نصف ما يطحن فللمستأجر رده أيضاً و لو لم يرد حتى طحن كان هذا رضا منه و ليس له أن يرد الرحى بعد ذلك ثم في الخلاصة و هذه الرواية تخالف رواية القدوري و ذكر القدوري أن من استأجر رحى مآء سنة فانقطع المآء ستة أشهر فأمسك الرحى حتى مضت السنة فعليه أجر ستة أشهر و إن كان البيت ينتفع به بغير الطحن فعليه من الأجر بحصته و لو استأجر عبدا فمرض فهو كالرحى و في الشامل إنكسار أحد الحجرين عذر فان أصلح رب الرحى قبل الفسخ لا ينفسخ و في شرح الكافي فان انقطع الماء عن الرحى فلم يعمل رفع عنه من الأجر بحساب (١) ذلك و له أن ينقض الاجارة فان لم ينقضها حتى عاد الماء لزمته الاجارة و إن اختلفا في مقدار الانقطاع فالقول قول المستأجر لأنه ينكر تقرر الأجر عليه و لو قال المؤجر لم ينقطع الماء قال المستأجر قد انقطع يحكم الحال فيكون انقطاعه و جريانه في الحال دليلاً على الماضي لأن الحال يصلح دليلاً على الماضي عند الاشتباه (قال و إذا (٢) مات أحد المتعاقدين و قد عقد) أي

(١) بحساب ذلك. قيل حساب أيام الانقطاع و قيل بقدر حصة ما انقطع من المآء و الأول أصح لأن ظاهر الرواية يشهد له فانه قال في الأصل المآء إذا انقطع الشهر كله و لم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا أجر عليه في ذلك كذا في الشامية. (٢) و إذا مات الخ. و في الدر المختار: و تنفسخ أي الاجارة بلا حاجة إلى الفسخ بموت أحد عاقدين عندنا لا بجنونه مطبقا عقدها لنفسه إلا لضرورة كموته في طريق مكة و لا حاكم في الطريق فتبقى إلى مكة فيرفع الأمر إلى القاضي ليفعل الأصلح فيؤجرها له لو أمينا أو يبيعها بالقيمة و يدفع له أجرة الاياب إن برهن على دفعها و تقبل البينة هنا بلا خصم لأنه يريد الأخذ من ثمن ما في يده اشباه. و في رد المحتار على الدر المختار: (قوله لا بجنونه مطبقا) قال في الدر المنتقى و لا بردته إلا أن يلحق بدراهم و يقضى به فان عاد مسلما في المدة عادت الاجارة كما في الباقاني عن الظهيرية (قوله إلا لضرورة) قال في الدر المنتقى و قد تقرر إستثناء الضروريات فمن الظن أنه ينتقض بموت المزارع أو المكارى في طريق مكة فانه لاينفسخ حتى يبلغ مأمنا لأن الاجارة كما تنتقض بالأعذار تبقى بالأعذار فليحفظ نعم يشكل بموت المعقود عليه كدابة معينة فانه ينفسخ اه قلت و تبطل بعجز المكاتب بعد ما استأجر شيئا كما في البدائع و بملك المستأجر العين بميراث أو هبة أو نحو ذلك كما في التاترخانية (قوله كموته) أي موت المؤجر فلو مات المستأجر لزمه الأجر بحساب ما سار ولوالجية (قوله في طريق مكة و لا حاكم) قال في الولوالجية قالوا هذا إذا كان في موضع يخاف أن ينقطع به و ليس ثمة قاض و لا سلطان يرفع الأمر إليه فكان المؤثر في بقاء عقد الاجارة كلا المعنيين اه و ذكر في التاترخانية أن المستأجر إذا أنفق عليها في الطريق أو استأجر من يقوم عليها لا يرجع على ورثة المكارى (قوله فيؤجرها) أي ممن هي في يده للاياب (قوله بلا خصم) أو ينصب القاضي وصيا عنه كما في الولوالجية (قوله لأنه يريد الخ) و إنما يشترط الخصم بقبول البينة إذا أراد المدعى أن يأخذ منه شيئا من يده ولوالجية.

**الإجارة لنفسه انفسخت الإجارة لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الأجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث و ذلك لا يجوز**

و الحال أنه قد عقد (الإجارة لنفسه انفسخت الاجارة) و به (١) قال الثورى و الليث رحمهما الله تعالى و قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و أبو ثور و إسحاق لا تنفسخ سواء مات أحدهما أو كلاهما لأن المنافع كالاعيان عندهم و العقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات (لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الاجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد) أى حال كونها مستحقة بالعقد و الدليل على صيرورتها لغير العاقد مع كون الاستحقاق بالعقد هو قوله (لأنه ينتقل بالموت) التحقيق هنا أن يجعل الضمير فى أنه الى ما يتركه الميت و يراد بالموت موت المورث و المعنى لأن الذى يتركه الميت ينتقل بالموت (الى الوارث) ثم يترتب الحكم على هذا عند موت المؤجر أو موت المستأجر أما إذا مات المؤجر فقد انتقلت رقبة الدار إلى الوارث و المستحق من المنافع التى حدثت على ملكه فقد فات بموته فبطلت الاجارة لفوات المعقود عليه لأن بعد موته تحدث المنفعة على ملك الوارث و أما إذا مات المستأجر فلو بقى العقد لبقى على أن يخلفه الوارث و ذا لا يتصور لأن المنفعة الموجودة فى حياته تلاشت فكيف يورث المعدوم و التى تحدث ليست مملوكة له ليخلفه الوارث فيها إذ الملك لا يسبق الوجود و إذ ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد (و ذلك لا يجوز) أى صيرورة المنفعة المملوكة أو الأجرة الملوكة لغير العاقد حال كونها مستحقه بالعقد لا يجوز و ذكر اسم الاجارة باعتبار كون ذلك و هو عبارة عن الصيرورة التى دل عليها قوله تصير المنفعة و لا يشكل ما ذكره بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة فى وسط الطريق حيث لا تنفسخ الاجارة و للمستأجر أن يركبها إلى المكان المسمى بالأجر فقد مات أحد المتعاقدين و قد عقد لنفسة و لم ينفسخ العقد لأن ذلك للضرورة فإنه يخاف على نفسه و ماله حيث لا يجد دابة أخرى فى وسط المفازة و لا يكون ثمة قاض يرفع الامر إليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة وكذا لو مات فى موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الاجارة مع وجود ما ينافى البقاء و هو موت المؤجر و إذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضرورى و المستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض و الأوانى كذا فى المبسوط و الذخيرة و نوقض أيضاً

(١) و به قال الثورى رحمه الله تعالى الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص ٤٢ ج٦.

و إن عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل و الوصي و المتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى قال و يصح شرط الخيار في الإجارة و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح

بما إذا مات المؤكل فانه تنفسخ الاجارة بموته مع أنه غير العاقد و أجيب بأن المراد بالعاقد من وقع لأجله العقد حتى لو كان العقد لغيره كالوكيل و الأب و الوصي و المتولي في الوقف لا ينفسخ العقد بموته لبقاء المستحق عليه و قيل في جوابه و هو أحسن و هو إنا قد قلنا إن كلما مات العاقد لنفسه انفسخ و لم يلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد لأن العكس غير لازم في مثله و في الخلاصة(١) أن أحد المتعاقدين لو جن جنوناً مطبقاً لا ينفسخ الإجارة و في الأجناس إذا آجر الأب ارض ابنه الصغير أو الوصي و مات لا تبطل الإجارة و كذلك لا تبطل إجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها و تبطل بموت الصبي و المستأجرة و قال الكرخيّ في مختصره و إن ما تت الظئر قبل المدة أو مات الصبي انتقضت الاجارة و كان لها من الأجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت و في الأجناس لو آجر الوقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة و في الذخيرة القياس أن تبطل و به أخذ أبو بكر الاسكافّ لأنه في معنى المالك لأنه ليس لأحد حجره و في الاستحسان لا تبطل لأنه آجر لغيره كالوكيل و في الاجناس و لو مات رب الإبل في بعض طريق المفازة للمستأجر أن يركبها على حاله و عليه الكرى المسمى الى أن يأتي مكة فيدفع ذلك إلى القاضي فإن شاء سلم له الكرى إلى الكوفة و إن شاء فسخ الاجارة و في كتاب الشروط لمحمد بن الحسنّ لو مات المكارى في مصر من الامصار و ركب المستأجر ضمن إن هلك الابل إلا بإذن القاضي (و إن عقدها) أي و إن عقد الاجارة (لغيره لم تنفسخ مثل (٢) الوكيل و الوصي (٣) و المتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى) و في بعض النسخ لانعدام ما ذكرنا و أراد به قوله لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة إلى آخره (قال) أي القدوريّ (و يصح شرط الخيار في الاجارة) و يعتبر ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار و به قال أحمد رحمه الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح) أي شرط الخيار و له في ثبوت خيار المجلس وجهان و لو كانت الاجارة على

(١)الخلاصة ض١٤٢ ج٣. و في الشامية: قال في الدر المنتقى و لا تنفسخ الاجارة بردة أحد المتعاقدين إلا أن يلحق بدراهم و يقضى به فان عاد مسلما في المدة عادت الاجارة كما في الباقاني عن الظهيرية. (٢)مثل الوكيل. أطلق في الوكيل فشمل الوكيل بالايجار و الوكيل بالاستئجار قال في الذخيرة و أما الوكيل بالاستئجار إذا مات تبطل الاجارة لأن التوكيل بالاستئجار توكيل شراء المنافع فيصير مشتريا لنفسه ثم يصير مؤجرا من الموكل اهـ أقول لعل هذا إذا لم يسلم إلى الموكل أما لو سلم لا تبطل فتدبره كذا في تكملة الطوري. (٣)و الوصي و الأب و الجد و القاضي كذا في الدر المختار.

لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه و لو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال و كل ذلك يمنع الخيار و لنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه فى المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع و الجامع بينهما دفع الحاجة و فوات بعض المعقود عليه فى الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع و هذا لأن رد الكل ممكن فى البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها و لهذا يجبر

---

عمل معين ففيه ثلاثة أوجه فى وجه لا يثبت فيها الخياران و فى وجه يثبت فيها الخياران و فى وجه يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط كذا فى الحلية (لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه) أى بعض المعقود عليه لأن بعضه فات فى مدة الخيار فلا يتمكن من رد كل المعقود عليه مع أن رد الكل مستحق بالخيار فإذا لم يتمكن بطل (و لو كان) أى الخيار (للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال) لفوات بعضه فى مدة الخيار فصار كما لو تلف بعض المبيع فى يد البائع إذا باع بشرط الخيار (و كل ذلك) يعنى من عدم إمكان رد المعقود عليه بكماله إذا كان الخيار للمستأجر و عدم إمكان التسليم ايضاً على الكمال إذا كان الخيار للمؤجر (يمنع الخيار) أى ثبوته (و لنا أنه) أى أن عقد الإجارة (عقد معاملة) احترز به عن النكاح فإن مطلق المعاملة ينصرف إلى المعاوضات التى يلحقها الفسخ بالإقالة و فى بعض النسخ عقد مقابلة أى معاوضة (لا يستحق القبض فيه فى المجلس) احترز به عن الصرف و السلم فإن قبض البدل شرط فيهما فلهذا لم يجز الخيار فيهما (فجاز اشتراط الخيار فيه) أى فى عقد الإجارة (كالبيع) أى كما يجوز شرط الخيار فى البيع (و الجامع بينهما) أى بين الإجارة و البيع و أشار به إلى وجه القياس و هو (دفع الحاجة) فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروى لئلا يقع فيه الغبن و أثبت الشارع فيه الخيار دفعاً لهذه الحاجة فكذلك الإجارة لأنه ربما يغبن فيها فشرع الخيار دفعاً للغرور و منعاً للزوم (و فوات بعض المعقود عليه فى الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب) بالإجماع (فكذا) لا يمنع الرد (بخيار الشرط بخلاف البيع) متعلق بقوله و فوات بعض المعقود عليه يعنى فوات بعض المعقود عليه فى البيع يمنع الرد دون الإجارة (و هذا) أى الفرق بين البيع و الإجارة (لأن رد الكل ممكن فى البيع دون الإجارة فيشترط) أى رد الكل (فيه) أى فى البيع (دونها) أى دون الإجارة و فى بعض النسخ دونه أى دون عقد الإجارة لما أن التكليف إنما يكون بحسب الوسع و الطاقة (و لهذا) أى و لكون رد الكل ممكناً فى البيع دون الاجارة (يجبر

المستأجر على القبض إذا سلم المواجر بعد مضى بعض المدة قال و تفسخ الاجارة بالأعذار عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوزالعقد عليها فأشبه البيع و لنا أن المنافع غير مقبوضة و هى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به إذ المعنى يجمعهما و هو عجز العاقد عن المضي في موجبه ألا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به

المستأجر على القبض إذا سلم المواجر بعد مضى بعض المدة) لأن التسليم بكماله غير ممكن و هذا عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى فعنده لا يجبر و للمستأجر الفسخ فى باقى المدة صورته أن يستأجر داراً سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر و قد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض فى باقى السنة عندنا و لا للمؤجر أن يمنعه عن ذلك و قال الشافعي رحمه الله تعالى للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقى بناء على أصله أن المنافع عنده فى حكم الأعيان القائمة فبفوات بعض ما يتناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقى لاتحاد الصفقة و قد تفرقت عليه قبل التمام و ذلك يثبت حق الفسخ و عندنا عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة فلا يمكن تفرق الصفقة مع تفرق العقود (قال) أى القدوري (و تفسخ (١) الاجارة بالأعذار عندنا) و عند شريح تفسخ بعذر و بغير عذر و به قال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى فإن الاجارة عندهما عقد غير لازم لأنه عقد على المعدوم فلا يتعلق به اللزوم كالعارية (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تفسخ إلا بالعيب) و به قال مالك و أحمد و أبو ثور رحمهم الله تعالى (لأن المنافع عنده) أى عند الشافعي رحمه الله تعالى (بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها) أى على المنافع كما يجوز على الأعيان (فاشبه البيع) فكما أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب فكذا الاجارة (و لنا أن المنافع غير مقبوضة و هى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به) أى بالعذر (إذ المعنى) المجوز للفسخ (يجمعهما) أى يجمع الاجارة و البيع جميعاً (و هو) أى المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجبه) أى في موجب العقد (إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) أى بالعقد

(١)و تفسخ الاجارة الخ. و فى الشامية: لا تفسخ الاجارة بدون العذر إلا إذا وقعت على استهلاك عين كالاستكتاب فلصاحب الورق فسخها بلا عذر و أصله فى المزارعة لرب البذر الفسخ دون العامل أشباه و فى حاشيتها لأبى السعود عن البيرى و الحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ قال البيرى يؤخذ منه أن الرجم الذى يقع كثيرا فى البيوت و يقال إنه من الجان عذر فى فسخ الاجارة لما يحصل من الضرر الخ ما ذكره اه أقول يظهر هذا لو كان الرجم لذات الدار أما لو كان لشخص مخصوص فلا وقد أخبرنى بعض الرفقاء أن أهل زوجته سحروا أمه فكلما دخلت داره يحصل الرجم و إذا خرجت ينقطع و الله تعالى اعلم تأمل.

و هذا هو معنى العذر عندنا و هو كمن استأجر حداداً ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخاً ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لأن في المضى عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد و كذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله و كذا إذا آجر دكاناً أو داراً ثم أفلس و لزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما آجر فسخ القاضى العقد و باعها في الدين لأن في الجرى على موجب العقد إلزام ضرر

---

(و هذا هو معنى العذر عندنا) فان جواز هذا العقد للحاجة و لزومه لتوفر المنفعة على المتعاقدين فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس (و هو) أى العذر و الشافعي رحمه الله تعالى محجوج بهذه المسائل (كمن استأجر حداداً) أراد به قلاع السن و هو الذى يسمى المزين فى عرف أهل مصر و إطلاق الحداد عليه باعتبار تلك البلاد فإن عندهم لا يقلع السن غالباً إلا الحداد (ليقلع ضرسه لوجع به) أى لأجل وجع كائن بالضرس (فسكن (١) الوجع) فإن الاجارة تنفسخ فيه (أو استاجر طباخاً ليطبخ له طعام الوليمة) أى العرس (فاختلعت منه) أى فاختلعت المرأة من الزوج أو ماتت المرأة (تفسخ الاجارة لأن في المضى عليه) أى على العقد (إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد) فيثبت له حق الفسخ دفعاً لذلك الضرر (و كذا من استأجر دكاناً فى السوق ليتجر فيه فذهب (٢) ماله و كذا إذا آجر دكاناً أو دارا ثم أفلس و لزمته (٣) ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما آجر فسخ القاضى العقد و باعها في الدين لأن فى الجرى على موجب العقد إلزام ضرر

---

(١)فسكن الوجع الخ. و فى الشامية: التقييد بسكون الضرس و موت العرس أو اختلاعها يفهم منه أنه بدونه لا يكون له الفسخ قال الحموى و فى المبسوط إذا استأجره ليقطع يده للاكلة أو لهدم بناء له ثم بدا له فى ذلك كان عذرا إذ فى ابقاء العقد إتلاف شيء من بدنه أو ماله و هذا صريح فى أنه لو لم يسكن الوجع يكون له الفسخ اه أقول و فى جامع الفصولين كل فعل هو سبب نقص المال أو تلفه فهو عذر لفسخه كما لو استأجره ليخيط له ثوبه أو ليقصر (أى بالنشاء مثلا لا المآء) أو ليقطع أو يبنى بناء أو يزرع أرضه ثم ندم له فسخه اه زاد فى غاية البيان عن الكرخى رحمه الله تعالى أو ليفصد أو ليحجم أو يقلع ضرسا له ثم يبدو له أن لا يفعل فله فى ذلك كله الفسخ لأن فيه استهلاك مال أو غرما أو ضررا اه ثم رأيت الشرنبلالى بحث كما قلناه و قال ثم رأيته فى البدائع إلا مسئلة الخلع لكنه يفيد ذلك اه أقول و ذكر شراح الجامع أنه يقال للشافعى رحمه الله تعالى ما تقول فيمن استؤجر لقلع سن أو إتخاذ وليمة ثم زال الوجع و ماتت العرس فحينئذ يضطر إلى الرجوع عن قوله الخ فظهر أن القيد ذكر لزيادة الالزام فلا مفهوم له فتنبه. (٢)فذهب ماله و كذا إذا كسد سوقها حتى لا يمكنه التجارة هندية و فى المنية لا يكون الكساد عذرا اه و يمكن حمله على نوع كساد سائحانى أما لو أراد التحول إلى حانوت آخر هو أوسع أو أرخص و يعمل ذلك العمل لم يكن عذرا و إن ليعمل عملا آخر ففى الصغرى عذر و فى فتاوى الأصل إن تهيأ له الثانى على ذلك الدكان فلا و إلا فنعم تاترخانية فالافلاس غير قيد كذا فى الشامية. (٣)لزمته ديون الخ. و فى الدر المختار: و تفسخ أى =>

زائد لم يستحق بالعقد و هو الحبس لأنه قد لا يصدّق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضى العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي فى النقض و هكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين و قال فى الجامع الصغير و كل ما ذكرنا أنه عذر فإن الاجارة فيه تنتقض و هذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى المبيع على ما مر فيتفرد العاقد بالفسخ و وجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضى و منهم من وفّق فقال إن كان العذر ظاهراً

---

زائد لم يستحق بالعقد و هو الحبس) أى ذلك الصرر الزائد هو الحبس لأنه إذا بقيت الاجارة مع ذلك يحبسه القاضى لقضاء الدين و الحبس ضرر زائد (لأنه قد لا يصدّق على عدم مال آخر) لا سيما إذا كانت له عقار مستأجرة (ثم قوله) أى قول القدورىؒ فى مختصره (فسخ القاضى العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي فى النقض و هكذا ذكر) أى محمدؒ (فى الزيادات فى عذر الدين و قال) أى محمدؒ (فى الجامع الصغير و كل ما ذكرنا أنه عذر فإن الأجارة فيه تنتقض و هذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي و وجهه ) أى وجه ما ذكر فى الجامع الصغير (أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى المبيع على ما مر) فى البيع وغيره (فيتفرد العاقد بالفسخ و وجه الأول) و هو الذي ذكره القدورىؒ (لأنه فصل مجتهد فيه) لأن فيه خلاف الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى (فلا بد من الزام القاضى) ليرتفع الخلاف (و منهم) أى و من المشايخ رحمهم الله تعالى (من وفّق) أى بين روايتى الجامع الصغير و الزيادات (فقال إن كان العذر ظاهراً) بأن اختلعت المرأة أو ماتت فيما إذا استأجر طباخا بطخ طعام الوليمة أو مات الولد إذا استأجر الختان ليختنه

---

=> الإجارة بعذر لزوم دين سواء كان ثابتا بعيان من الناس أو بيان أى بينة أو إقرار و الحال أنه لا مال له غيره أى غير المستأجر لأنه يحبس به فيتضرر إلا إذا كانت الأجرة المعجلة تستغرق قيمتها أشباه. وفى رد المحتار على الدر المختار: (قوله لزوم دين) أطلقه فشمل القليل و الكثير كما فى شرح البيرى عن جوامع الفقه و إذا فسخت يبدأ من الثمن بدين المستأجر و ما فضل للغرماء حتى لو لم يكن فى الثمن فضل لا تفسخ كما فى الزيادات و فى البزازية و الدرهم دين قادح تفسخ به بخلاف الأقل و فى الولوالجية أراد نقض الاجارة و بيع الدار لنفقته و نفقة أهله لكونه معسرا له ذلك و فى شرح الزيادات للسرخسيؒ قيل يفسخها القاضى ثم يبيع و المختار أنها تنفسخ ضمن القضاء بنفاذ البيع أبو السعود على الأشباه و حكي فى الخلاصة قولين فى فسخها للنفقة الأول عن أبى الليثؒ و الثانى عدم الفسخ عن ظهير الدينؒ (قوله لأنه يحبس به) باعتبار أنه قد لا يصدق على عدم مال آخر ابن كمال (قوله تستغرق قيمتها) أى قيمة العين المستأجرة أى بأن لا يكون فى قيمتها فضل على دين المستأجر من الأجرة المعجلة و به صرح فى الزيادات اه ملخصا.

لا يحتاج إلى القضاء و إن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر و من استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر و إن بدا للمكارى

أو برأت اليد إذا استأجر لقطعها من الاكلة أو سكن وجع سنه إذا استأجر لقلعله (لا يحتاج إلى القضاء و إن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر) أى لأن يظهر العذر و صحح المحبوبىّ و قاضى خانّ هذا و صحح شمس الأئمةّ ما ذكر فى الزيادات ثم اختلفوا فى فسخ القاضى قيل يبيع الدار فينفذ البيع فتفسخ الاجارة ضمناً و إنما لا ينقض قصداً لأنه لو نقضها قصداً ربما لا يتفق البيع فيكون النقض إبطالاً لحق المستأجر قصداً و إنه لا يجوز و قيل يفسخ الاجارة ثم يبيع الدار و فى (١) الذخيرة و لو اظهر المستأجر فى الدار الشر كشرب الخمر و أكل الربا و الزنا و اللواطة يؤمر بالمعروف و ليس للمؤجر و لا لجيرانه أن يخرجوه من الدار فذلك لا يصير عذراً فى فسخ الاجارة و لا خلاف فيه للأئمة الاربعة رحمهم الله تعالى فى الجواهر إن رأى السلطان أن يخرجه فعل و قال ابن حبيب المالكىّ لو أظهر الفسق فى دار نفسه و لم يمتنع بالأمر بالمعروف و يقول دارى انا آتى فيها ما شئت تباع عليه داره (و من استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) يقال بدا (٢)لى فى هذا الأمر بدا أى تغير رأيى عما كان عليه و فلان ذو بدوات إذا بدا له الرأى بعد الرأى كذا فى المجمل و قال ابن دريد بدا لى الشىء بدوا إذا ظهر كذا فى الجمهرة (فهو عذر لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج) و فى بعض النسخ إلى الحج (فذهب وقته أو لطلب غريمه) أى أو استأجر دابة ليذهب لطلب غريمه (فحضر) أى غريمه (أو للتجارة) أو استأجر دابة ليتجر عليها (فافتقر و إن بدا للمكارى

(١)و فى الذخيرة الخ. و مثله فى الشامية معزوا إلى لسان الحكام و فى الشامية أيضا: و قدمنا عن الاسعاف لو تبين أن المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف يفسخها القاضى و يخرجه من يده فليحفظ. (٢)بدا لى الخ. و فى تاج العروس مع القاموس: (بدا له فى) هذا (الأمر بدوا) بالفتح (و بداء) كسحاب (و بداة) كحصاة و فى المحكم بدا له فى الأمر بدوا و بدا و بداء و فى الصحاح بداء ممدود أى (نشأ له فيه رأى) قال ابن برى بداء بالرفع لأنه الفاعل و تفسيره بنشأ له فيه رأى يدلك على ذلك و قال سيبويه فى قوله عزو جل ثم بدا لهم من بعد ما رأوا الآيات ليسجننه أراد بدا لهم بداء و قالوا ليسجننه ذهب إلى أن موضع ليسجننه لا يكون فاعل بدا لأنه جملة و الفاعل لا يكون جملة و قال الأزهرىّ يقال بدا لى بدا أى تغير رأيى عما كان عليه و قال الفراء بدا لى بداء ظهر لى رأى آخر (و هو ذو بدوات) كما فى الصحاح قال ابن دريد و كانت العرب تمدح بهذه اللفظة فيقولون للرجل الحازم ذو بدوات أى ذو آراء تظهر له فيختار بعضا و يسقط بعضا قال ابن دريد قولهم أبو البدوات معناه أبو الآراء التى تظهر له واحدها بداة كقطاة و قطوات اه ملخصا.

فليس ذلك بعذر لأنه يمكنه أن يعقد و يبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره و لو مرض المواجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل و ذكر (١) الكرخي رحمه الله تعالى أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار و من آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد و إنما يفوته الاسترباح و إنه أمر زائد

---

فليس ذلك بعذر لأنه يمكنه أن يقعد و يبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره و لو (٢) مرض المواجر) اراد به المكارى (فقعد) عن المضى (فكذا الجواب) يعنى ليس بعذر (على رواية الأصل) أى المبسوط (و ذكر الكرخيؒ أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة) فهى كالمرض (دون الاختيار) نحو ما إذا بدا له عن السفر بتغير رأيه (و من آجر عبده ثم (٣) باعه فليس (٤) بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد) و هو إبقاؤه و ما لزمه إلا قدر ما التزمه عند العقد و هو الحجر على نفسه من التصرف فى المستأجر إلى انتهاء المدة (و إنما يفوته الاسترباح) بأن يتصرف فيه قبل مضى المدة (و إنه) أى الاسترباح (أمر زائد) إذ لونقضنا الاجارة به لما سلمت إجارة أبداً و لبطلت حوايج الناس ثم هل يجوز هذا البيع اختلفت الروايات فيه فقال شمس الأئمةؒ و الصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر و ليس للمستأجر أن يفسخ البيع و إليه مال الصدر الشهيدؒ و عند الشافعى فى قول و مالك و احمد رحمهم الله تعالى يصح البيع من المستأجر دون غيره و قال (٥) فى مختصر الطحاوى و من آجر

---

(١)ذكر الكرخيؒ. ن. روى الكرخيؒ عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى. (٢)و لو مرض المواجر الخ. و فى الدر المختار: و فى الملتقى و لو مرض أى المكارى فهو عذر فى رواية الكرخيؒ دون رواية الأصل قلت و بالاولى يفتى اه و فى رد المحتار: (قوله قلت و بالاولى يفتى) نقله فى شرحه عن القهستانى و قال إنه المختار عند المصنف أى لأنه قدمه كما هو عادته. (٣)ثم باعه أى بدون إذن المستأجر قال فى البزازية فلو أذن حتى انفسخت الاجارة ثم المشترى رد المبيع بطريق ليس بفسخ لا تعود الاجارة بلا اشكال و إن بطريق هو فسخ تعود و به يفتى اه و قيد بالبيع لما فى التاترخانية عن المحيط اشترى شيئا و آجره من غيره ثم اطلع على عيب فله رده بالعيب و تفسخ الاجارة كذا فى الشامية. (٤)فليس بعذر أى بدون لحوق دين كما فى الدر المختار. (٥)قال فى مختصر الطحاوى الخ. و فى شرح الوهبانية معزيا للخانية لو باع الآجر المستأجر فاراد المستأجر أن يفسخه بيعه لا يملكه هو الصحيح و لو باع الراهن الرهن للمرتهن فسخه كذا فى الدر المختار. و فى رد المحتار على الدر المختار: (قوله للمرتهن فسخه) قال الشرنبلالىؒ فى شرح الوهبانية و المختار أنه موقوف فيفتى بأن بيع المستأجر و المرهون صحيح لكنه غير نافذ و لا يملكان فسخه فى الصحيح و عليه الفتوى و إذا علم المشترى بكونه مرهونا أو مستأجرا عندهما يملك النقض و عند ابى يوسفؒ لا يملك مع علمه و به أخذ المشايخ رحمهم الله تعالى اه رحمتى.

..............................................

داره ثم باعها قبل انقضاء المدة فيها فقال ابو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى للمستأجر منع المشترى فيها و نقض البيع عليه فيها فإن نقضه كان منتقضاً و لم يعد بعد ذلك و إن لم ينقضه حتى فرغت الدار من الاجارة تم بعد ذلك البيع فيها و هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى القديم و روى عنه أصحاب الاملاء أنه قال لا سبيل للمستأجر إلى نقض البيع فيها و الاجارة فيها كالعيب فيها فان كان المشترى عالماً به فقد برىء البايع منه و للمشترى قبض الدار بعد انقضاء الاجارة فيها و إن لم يكن علم بذلك كان بالخيار إن شاء نقض البيع فيها للعيب الذى وجده بها وان شاء أمضاه و الذى يرويه محمدؒ من قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى أنه ليس للمستأجر نقض البيع و لكنه إن أجاز البيع كان فى ذلك إبطال ما بقي من إجارته و القول الأول إنما رواه من قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى غيره و قال الاسبيجابىؒ فى شرح الطحاوى و من آجر داره ثم باعها قبل انقضاء مدة الإجارة فان البيع جائز فيما بين البائع و المشترى حتى أن المدة لو انقضت كان البيع لازماً للمشترى و ليس له أن يمتنع عن الأخذ إلا اذا طالب المشترى البائع بالتسليم قبل انقضاء مدة الإجارة فلم يمكنه ذلك و فسخ القاضى العقد فيما بينهما فانه لا يعود جائزاً بمضى المدة و لو أن المستأجر أجاز البيع جاز و بطلت الاجارة فيما بقي من المدة و لو فسخ فانه لا ينفسخ البيع بينهما حتى أن المدة اذا انقضت كان للمشترى أن يأخذ هذا فى ظاهر الرواية و روى الطحاوى رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى أن المستأجر له أن ينقض البيع فإذا نقض البيع فإنه لا يعود و روى عن أبى يوسفؒ أنه قال ليس للمستأجر نقض البيع و الإجارة فيها كالعيب و قد ذكرنا حكمه الآن و لو آجر داره من رجل ثم آجرها من آخر فإن العقد الثانى يكون موقوفاً على إجازة المستأجر الأول فإن أبطله بطل بخلاف البيع فإن هناك إن أبطله لم يبطل و الفرق أن عقد الإجارة على المنفعة و هى مملوكة للمستأجر الأول فان أجاز مالكها جاز و إلا لا و أما البيع فانما يقع على العين وهى مملوكة للمؤجر إلا أن للغير حقاً فيها فإن زال حق الغير نفذ البيع و لو أجاز المستأجر الأول الإجارة الثانية صحت الإجارة الثانية و الأجرة للمستأجر الأول و لا يكون لصاحب الدار بخلاف البيع لأن هناك الثمن لصاحب الملك و الفرق ما ذكرنا و بالإجارة لا ينفسخ عقد المستأجر الأول ما لم تمض مدة الثانى فاذا مضت فحينئذ تنقض المدتان جميعاً إن كانت مدتهما واحدة و إن كانت مدة الثانى أطول من مدة الأول فللأول أن يسكن الدار حتى تتم المدة و كذلك لو رهنها المؤجر قبل انقضاء مدة الإجارة و العقد جائز فيما بينه و بين المرتهن و لكن للمستأجر

قال و إذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس و ترك العمل فهو عذر لأنه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده و هو رأس ماله و تاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذى يخيط بأجر فرأس ماله الخيط و المخيط و المقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه و إن أراد ترك الخياطة و أن يعمل فى الصرف فهو ليس بعذر لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة فى ناحية و هو يعمل فى الصرف فى ناحية و هذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة فأراد أن يتركها و يشتغل بعمل آخر حيث جعله عذراً ذكره فى الاصل لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما و من استأجر غلاماً ليخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد لأن خدمة السفر أشق و فى المنع

---

أن يحبس إلى أن تنقضى مدته و لو رهن داره من رجل و قبضها المرتهن ثم باعها الراهن من آخر فالعقد جائز بين البائع و المشترى و فى حق المرتهن لا يجوز و له أن يحبسه حتى يستوفى ماله فاذا فتكها الراهن سلم الدار إلى المشترى إلا أن ههنا إذا أجاز المرتهن البيع جاز و سلم الدار إلى المشترى و الثمن يكون رهناً مكان الدار لأن له حق حبس العين و كذا بدله (قال و إذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس و ترك العمل فهو عذر لأنه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده و هو رأس ماله و تأويل المسألة خياط يعمل لنفسه) بأن يشترى الثياب و يخيطها و يبيعها كما هو عرف أهل الكوفة (أما الذى يخيط بأجر فرأس ماله الخيط و المخيط) بكسر الميم و هو اسم للآلة التى يخاط بها الثياب (و المقراض) بكسر الميم اسم للآلة التى يقطع بها الثياب من القرض و هو القطع (فلا يتحقق الإفلاس فيه) قبل و قد يتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه أو يلحقه ديون كثيرة و يصير بحيث أن الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم (و إن أراد ترك الخياطة و أن يعمل فى الصرف فهو ليس بعذر لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة فى ناحية و هو يعمل فى الصرف فى ناحية و هذا بخلاف ما إذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها و يشتغل بعمل آخر حيث جعله) أى محمد رحمه الله تعالى (عذراً ذكره فى الأصل) أى فى المبسوط (لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا) أى فى مسألة ترك الخياط و إرادة عمل الصرف (العامل شخصان) أحدهما المستأجر و الآخر غلام المستأجر (فأمكنهما) أى العمل لعدم التعذر (و من استأجر غلاماً ليخدمه فى المصر ثم سافر فهو) أى سفره (عذر) فتفسخ به الاجارة (لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد لأن خدمة السفر أشق و فى المنع

من السفر ضرر و كل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً و كذا إذ أطلق لما مر أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما إذا آجر عقاراً ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى و ذلك ضرر.

## مسائل منثورة

قال و من استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصائد

من السفر ضرر و كل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً) و في الذخيرة لو قال المؤجر للقاضي انه لا يريد السفر و لكن يريد فسخ الإجارة و قال المستأجر أريد السفر فيقول القاضي للمستأجر مع من تخرج فان قال مع فلان و فلان فالقاضي يسألهم أن فلاناً هل يخرج معكم و هل استعد للخروج فان قالوا نعم ثبت العذر و إلا فلا ثياب السفر يجعله مسافراً وإلا فلا و قيل القاضي يحكم بزيده و ثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافراً و إلا فلا و قيل لو أنكر المؤجر السفر فالقول له و قيل القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمت على السفر و إليه مال القدوري و الكرخي رحمهما الله تعالى و لو أراد رب العبد السفر لا يكون ذلك عذراً (و كذا إذا أطلق) أي أطلق إجارة العبد للخدمة مثل أن يقول استأجرت هذا العبد للخدمة و لم يقل في الحضر أو في السفر فلا يكون له أن يسافر به (لما مر أنه يتقيد بالحضر) أي لما مر في فصل إجارة العبد من أنه ليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك (بخلاف ما إذا آجر عقاراً ثم سافر) أي الموجر (لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته) غيبته) أي غيبة الموجر (حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى و ذلك ضرر) للمستأجر و الضرر مدفوع و الله أعلم.

(مسائل (١) منثورة)

مسائل مرفوع على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هذه مسائل و قوله منثورة بالرفع صفة المسائل و تقدم معنى النشر (قال و من (٢) استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصائد) و هو جمع حصيدة و

(١)مسائل منثوره أي مسائل نثرت عن أماكنها و ذكرت هنا تلافيا لما فات كذا في النتائج. (٢)و من استأجر الخ. و في الدر المختار: (أحرق حصائد) أي بقايا أصول قصب محصود (في أرض مستأجرة أو مستعارة) و مثله أرض بيت المال المعدة لحط القوافل و الاحمال و مرعى الدواب و طرح الحصائد قلت و حاصله أنه إن لم يكن له حق الانتفاع في الأرض يضمن ما أحرقته في مكانه بنفس الوضع لا ما نقلته الريح على ما عليه الفتوى قاله =>

فاحترق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في هذا التسبيب فأشبه حافر البئر في دار نفسه

حصيد و هما الزرع المحصود و أريد بها ههنا ما يبقي من أصول الزرع المحصود في الأرض و حصد الزرع جزه من باب طلب و ضرب (فاحترق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في هذا التسبيب) و في بعض النسخ في هذا السبب فانه مسبب لا مباشر و الضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدى في السبب (فأشبه حافر البئر في دار نفسه) فان من حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان فهلك لا يضمن لأنه غير متعمد و لو رمى سهماً في ملكه فأصاب إنساناً أو مالاً فهلك يضمن لأنه مباشر فلم يتوقف على التعدى و هذا لأن المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر فأما السبب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليحلق بالعلة و إحراق الحصائد ههنا مباح و ليس بتعد فلا يضاف التلف إليه و نقل صاحب الأجناس عن زيادات الأصل لو وضع جمراً في الطريق فحركته الريح فذهبت به من ذلك الموضع فأحرق شيئاً لم يضمن لأنه قد تغير عن الحالة التى وضع عليها و كذلك إذا وضع حجراً و في الواقعات رجل أحرق شوكاً أو بيتاً في أرضه فذهبت الريح بشرارات إلي أرض جاره و أحرقت زرعه و إن كان ببعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار عادة

=> شيخنا (فاحترق شيء من أرض غيره لم يضمن) لأنه تسبب لا مباشرة (إن لم تضطرب الرياح) فلو كانت مضطربة ضمن لأنه يعلم أنها لا تستقر في أرضه فيكون مباشرا (و كذا كل موضع كان للواضع حق الوضع فيه) أى في ذلك الموضع ( لا يضمن على كل حال إذا تلف بذلك الموضع شيء) سواء تلف به و هو في مكانه أو بعد ما زال عنه (بخلاف ما إذا لم يكن للواضع فيه حق الوضع) حيث يضمن الواضع إذا تلف به شيء و هو في مكانه و كذا بعد ما زال لا بمزيل كوضع جرة في الطريق ثم آخر أخرى فتدحرجتا فانكسرتا ضمن كل جرة صاحبه و إن زال بمزيل كريح و سيل لا يضمن الواضع هذا هو الأصل في هذه المسائل كما حققه في الخانية ثم فرع عليه بقوله (فلو وضع جمرة في الطريق فاحترق بذلك شيء ضمن) لتعديه بالوضع (و كذا) يضمن (في كل موضع ليس له فيه حق المرور إلا إذا هبت به) أى بالموضع (الريح فلا ضمان) لنسخها فعله و كذا لو دحرج السيل الحجر (و به يفتى) خانية اه و في رد المحتار على الدر المختار: (قوله مستأجرة أو مستعارة) قال منلا مسكين في شرحه و إنما وضع المسئلة فيهما دون أرض ملكه لما لم يضمن هنا فعدم الضمان بالاحراق في أرضه بالأولى اه (قوله إن لم تضطرب الرياح) أى بأن كانت ساكنة وقت الوضع ج و قيده في جامع الفصولين عن الذخيرة بما لو أوقد نارا يوقد مثلها و نقل عن غيرها لا يضمن مطلقا (قوله و كذا يضمن في كل موضع الخ) هذا لم يذكره صاحب الخانية بل اعتبر حق الوضع و عدمه و قد يثبت حق المرور و لا يثبت حق الوضع كما في الطريق و إنما الذى اعتبر حق المرور و عدمه صاحب الخلاصة و ذكر أن عليه الفتوى قال في المنح و فصل في الخلاصة فيما لو سقط منه جمرة في موضع ليس له فيه حق المرور بين أن يقع منه فيضمن و بين إن ذهبت بها الريح فلا يضمن قال و هذا أظهر و عليه الفتوى و غالب الكتب على ما ذكره قاضي خان ط اه ملخصا.

**و قيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة يضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه**

فلا ضمان عليه لأن ذلك حصل بفعل النار و إنه هدر و لو بقرب من أرضه على وجه يصل إليه شرر النار غالبا فانه يضمن لأن له أن يوقد النار فى أرضه و لكن على وجه لا يتعدى ضرره إلى أرض جاره و هذا كما إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره و كذلك لو أن رجلاً اتخذ فى داره هدفاً يرمى إليه فجاوز السهم داره و صار إلى دار جاره و قتل رجلا أو أفسد مالاً فهو ضامن قيمة المال ودية المقتول على عاقلته و كذلك الحداد لو أخرج الحديدة من الكور و ذلك فى حانوته ووضعه على العلاة و ضربه بمطرقة فخرج شررها إلى طريق العامة فأحرق رجلاً أو فقأ عينه فديته على عاقلته و لو أحرق ثوب إنسان فقيمته على الحداد فى ماله و لو لم يضربه بالمطرقة حتى وضعه على العلاة فأخرج الريح شرره فأصاب ما أصاب فهو هدر و فى الشامل سقى أرضه فسال من مائه في أرض رجل فغرقها أو نزت لا ضمان عليه لأنه غير متعد فى التسبيب و كذا إذا أحرق كلأ أو حصائد فى أرضه فذهبت النار فأحرقت شيئاً لغيره لم يضمن لا جرم إن كان يوم ريح فعلم أنه يذهب منها فقيل يضمن (و قيل) قائله شمس الأئمة السرخسى رحمه الله تعالى و قال الأترازى رحمه الله تعالى أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (هذا) أى الذى قاله محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير من عدم الضمان باحراق الحصائد إذا احترق شيء من أرض أخرى (إذا كانت الرياح هادئة) حين أوقد النار قال السغناقى رحمه الله تعالى هادئة بالنون أى ساكنة من هدن إذا سكن و فى نسخة هادئة من هدأ (١) بالهمز أى سكن قال الشاعر:

إن السباع لتهدا عن فرائسها و الناس ليس بهاد شرهم أبداً

أى لتسكن و أصله لتهدأ بالهمزة حذفه الشاعر (ثم تغيرت) بأن قويت و اشتدت (أما إذا كانت) أى الرياح (مضطربة) حين أوقدها (يضمن (٢) لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه) و لكن

(١)هدأ. و فى لسان العرب: هدأ يهدأ (من باب فتح) هدءاً (بالفتح فالسكون) و هدوءاً (بضمتين): سكن يكون فى سكون الحركة و الصوت وغيرهما. قال ابن هرمة (بالفتح فالسكون):

ليت السباع لنا كانت مجاورة و أننا لا نرى ممن نرى أحدا

إن السباع لتهدا عن فرائسها و الناس ليس بهاد شرهم أبدا

أراد لتهدأ و بهادىء فابدل الهمزة إبدالا صحيحا و ذلك أنه جعلها ياء فالحق هاديا برام و سام و هذا عند سيبويه إنما يؤخذ سماعا لا قياسا و لو خففها تخفيفا قياسيا لجعلها بين بين فكان ذلك يكسر البيت و الكسر لا يجوز و إنما يجوز الزحاف. (٢)يضمن أى استحسانا طورى عن الخانية.

**قال و إذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لأن هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل و هذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل**

---

الرياح تذهب بها إلى أرض الجيران فصار كأنه ألقاها فى أرضهم (قال) أى محمدؒ فى الجامع الصغير (و إذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل (١) بالنصف) بأن كان صاحب الدكان ذا جاه لا حذاقة له فى العمل فأقعد من يعلم و يعمل بالنصف (فهو جائز) أى استحساناً (لأن هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل و هذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) و فى القياس لا يجوز وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة و هى لا تصلح رأس مال الشركة و لأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف و هو مجهول و إن تقبل العمل العامل كان مستأجراً لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل و هو مجهول و الطحاوى رحمه الله تعالى مال إلى وجه القياس و قال القياس عندى أولى من الاستحسان و قد (٢) علل الشراح فى وجه الاستحسان بأن هذه ليست بإجارة و إنما هى شركة الصنائع و هى شركة التقبل و هذا مخالف لما ذكره المصنفؒ

---

(١)العمل بالنصف سواء اتحد العمل أو اختلف كخياط مع قصار كما فى الدر المختار. (٢)و قد علل الشراح الخ. قال الزيلعىؒ فى التبيين: وجه الاستحسان أن هذه شركة الصنائع و ليست باجارة لأن تفسير شركة الصنائع أن يكون العمل عليهما و إن كان أحدهما يتولى العمل بحذاقته و الآخر يتولى القبول بوجاهته و إذا وجدنا له سبيلا إلى الجواز و هو متعارف وجب القبول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما و القبول جائزا لهما إذ ليس فى كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل و الآخر بالعمل و تخصيص الشىء بالذكر لا يدل على نفى ما وراءه فامكننا إثبات الشركة فى التقبل و العمل إقتضاء و لو صرحا بشركة التقبل فعمل أحدهما ما قبله صاحبه أو ما قبله بنفسه و لم يعمل الآخر لعذر به من مرض و نحوه كانت الأجرة بينهما على ما عرف فى موضعه فكذا هنا و قول صاحب الهدايةؒ هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل و هذا بحذاقته يعمل فيه نوع إشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيئا بوجوههما و يبيعا و ليس فى هذه بيع و لا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه و إنما هى شركة الصنائع على ما بينا انتهى كلامه. قال قاضى زادهؒ فى النتائج: أقول ليس مراد المصنفؒ بشركة الوجوه فى قوله لأن هذه شركة الوجوه فى الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد إليه قوله فهذا بوجاهته يقبل و هذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال و لا يمتنع كونها شركة الصنائع و التقبل على المعنى المصطلح عليه فى كتاب الشركة و قال صدر الشريعةؒ فى شرح الوقاية ففى الهداية حمله على شركة الوجوه و فيه نظر لأنه شركة الصنائع و التقبل فكأن صاحب الهدايةؒ أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يقبل العمل بوجاهته إلى هنا كلامه و قال بعض الفضلاء أى الشيخ سعد الله الشهير بسعدى چلپىؒ بعد نقل ما ذكره صدر الشريعةؒ و لا يخفى عليك أن فى قوله "فى الحقيقة" نوع نبوة عن هذا انتهى أقول إن قول المصنفؒ "فى الحقيقة" ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها إجارة =>

قال و من استاجر جملاً يحمل عليه محملاً و را كبين إلى مكة جاز و له المحمل المعتاد و في القياس لا يجوز و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى للجهالة و قد يفضى ذلك إلى المنازعة وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب و هو معلوم و المحمل تابع و ما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا تفضى إلى المنازعة و كذا إذا لم ير الوطاء و الدثر قال و إن شاهد الجمال المحمل فهو أجود لأنه أنفي للجهالة و أقرب إلى تحقيق الرضاء

فإنه صرح بأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة و لكن قوله فهذا بوجاهته يقبل و هذا بحذاقته يعمل أنسب بشركة التقبل على ما لا يخفى و إذا كانت شركة لا إجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة (قال و من استأجر جملاً يحمل عليه محملاً) بفتح الميم الأولى و كسر الثانية و هو الزوج من المحارة يقعد في كل واحد شخص و في المغرب بفتح الميم الأولى و كسر الثانية أو على العكس الهودج الكبير الحجاجي (و راكبين (٢) إلى مكة جاز) أى هذا العقد (و له) أى للمستأجر (المحمل المعتاد) أراد أنه يتعين المحمل المعتاد بين الناس (و في القياس لا يجوز و هو قول الشافعي) و احمد رحمهما الله تعالى (للجهالة) في الطول و العرض و الثقل (و قد يفضى ذلك إلى المنازعة) فلا يجوز (وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم) لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب (و المحمل تابع) للراكب (و ما فيه) أى في المحمل (من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف) أى إلى المحمل المتعارف (فلا تفضى إلى المنازعة) فيجوز (و كذا) أى يجوز أيضاً (إذا لم ير) اى الجمال (الوطاء) بكسر الواو وبالمد و هو الفراش (و الدثر) بضم الدال و الثاء المثلثة جمع دثار و هو ما يلقى عليك من كساء أو غيره (قال و إن شاهد الجمال المحمل فهو أجود لأنه أنفي للجهالة و أقرب إلى تحقيق الرضاء) لأن بمشاهدة الجمال إياه يرتفع النزاع أصلاً و في المحيط استأجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملاً فيه رجلان و ما لهما من الوطاء و الدثر و لم ير الجمال الوطاء و الدثر و على الآخر زاملة عليه كذا مختوماً من السويق و

=> و أن مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر و الصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى أن هذه المعاقدة و إن كانت بحسب الصورة و ظاهر الحال عقد إجارة بالنصف إلا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أى عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تأمل تقف. (٢)راكبين. قال في الجوهرة: و لا بد من تعيين الراكبين أو يقول على أن أركب من أشاء أما إذا قال استأجرت على الركوب فالاجارة فاسدة و على المكرى تسليم الحزام و القتب و السرج و البرة التى في أنف البعير و اللجام للفرس و البردعة للحمار فان تلف شيء في يد المكترى لم يضمنه كالداية و على المكرى إشالة المحمل و حطه و سوق الدابة و قودها و أن ينزل الراكبين للطهارة و صلاة الفرض و لا يجب للاكل و صلاة النفل لأنه يمكنهم فعلها على الظهر و عليه أن يبرك الجمل للمرأة و المريض و الشيخ الضعيف.

قال و إن استاجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فاكل منه فى الطريق جاز أن يزيد عوض ما أكل لأنه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق فله أن يستوفيه و كذا غير الزاد من المكيل و الموزون و رد الزاد معتاد عند البعض كرد المال فلا مانع من العمل بالإطلاق

ما يصلحه من الزيت و الخل و ما يكفى من الماء و لم يبين قدره و ما يصلح من الحبل و المعاليق من القربة و الميضأة و المطهرة و لم يبين وزنه أو شرط أن يحمل من مكة من هدايا مكة ما يحمل الناس فهذا جائز استحساناً للتعارف و له أن يحمل ما هو متعارف و حكى مثله عن مالك رحمه الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى (١) و أحمد رحمهما الله تعالى لا بد من معرفة المحمل و الوطاء و الدثر و المعاليق و تقدير الزاد و اختلف أصحاب الشافعى رحمه الله تعالى فى المعاليق كالقدر و مثله فقيل لا يجوز حتى يعرف قولاً واحداً و قيل فيه قولان (قال و إن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه فى الطريق جاز أن يرد عوض ما أكل) و فى بعض النسخ جاز أن يزيد عوض ما أكل و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و أحمد رحمه الله تعالى و فى قول يعتبر العرف إن جرى بالإستبدال يستبدل و إلا لا و به قال مالك رحمه الله تعالى و هذا الخلاف إذا أطلق أما إذا شرط الاستبدال يستبدل بلا خلاف و لو شرط عدم الإستبدال لا يستبدل بلا خلاف و لو سرق أو هلك بغير أكل أو بأكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف (لأنه استحق عليه حملاً مسمى فى جميع الطريق فله أن يستوفيه و كذا غير الزاد) أى و كذا له أن يرد غير الزاد فيما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدراً معيناً (من المكيل و الموزون) إذا نقص منهما شيء و يحتمل أن يكون المعنى و له أن يرد المكيل أو الموزون مثل ما أكل من الزاد قاله تاج الشريعة (و رد الزاد معتاد عند البعض) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال مطلق العقد محمول على العادة و فى عادة المسافرين أنهم يأكلون من الزاد و لا يردون شيئاً مكان ما أكلوا فأجاب بقوله و رد الزاد معتاد عند بعض الناس (كرد الماء) فانهم يردون بدله عند الشرب و الإستعمال فاذاً العرف مشترك فلا يصلح مقيداً (فلا مانع من العمل بالإطلاق) و هو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة و لم يقيدا بعدم رد قد ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملاً بالإطلاق و عدم المانع فرع: و فى المحيط اشترك اثنان فى إجارة دابة على أن يتعاقبا فى الركوب ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و قال المزنى لا يجوز إكتراء العقبة إلا مضمونة فى الذمة و هو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان أو الفرسخ و الله أعلم.

(١) قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ: كذا فى الوجيز مع العزيز ص١١٦ ج٦ و المغنى ص٩١ ج٦.

# كتاب المكاتب

## (كتاب (١) المكاتب)

المناسبة بين الكتابين كون كل منهما عقدا يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالايجاب و القبول بطريق الاصالة فقوله بمقابلة ما ليس بمال يخرج البيع و الهبة بشرط العوض و قوله بطريق الاصالة يخرج النكاح و الطلاق و العتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة قيل ذكره عقب العتاق كان أنسب لأن فى الكتابة الولاء و الولاء حكم من أحكام العتق ورد بأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض و الكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص و منفعته لغيره و هو أنسب للاجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من العرضيات و قدم الاجارة لشبهها (٢) بالبيع فى التمليك و الشرائط فكان أنسب بالتقديم ثم (٣) الكتابة مأخوذة من الكتب و هو الجمع يقال كتبت البغلة إذا جمعت بين شفريها بحلقة و منه كتبت الكتاب لأنه جمع الحروف و سمى هذا العقد كتابة لما فيه من جمع النجم إلى النجم و قيل سمى كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى و للمولى على العبد فان قيل سائر العقود يوجد فيها معنى الكتابة فلم لا يسمى بهذا الاسم أجيب بأن لا تبطل التسمية كالقارورة سميت بهذا الاسم لقرار المائع فيها و لم يسم الكوز و نحوه قارورة و إن كان يقر المائع فيه لئلا يبطل الاعلام و شرعاً (٤) هو عقد بين المولى و عبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه من كل وجه يوجب

(١) كتاب المكاتب. و فى الشامية: المكاتب اسم مفعول من كاتب مكاتبة و المولى مكاتب بالكسر و كان الأنسب أن يقول كتاب الكتابة لأن علم الفقه يبحث فيه عن فعل المكلف و هو الكتابة لا المكاتب لكن فى القهستانى هو مصدر ميمى بمعنى الكتابة اه. (٢) لشبهها بالبيع فى التمليك و الشرائط و جريانها فى غير المولى و عبده و قيل لأن المنافع فيها يثبت لها حكم المال ضرورة بخلاف الكتابة كذا فى الشامية. (٣) ثم الكتابة الخ. و فى التبيين: و فى اللغة مدار الكتابة على الجمع و منه كتب النعل و القربة أى خرزهما و الكتب الخرز الواحدة كتبة و منه كتب البغلة إذا جمع بين شفريها بحلقة و الكتيبة الطائفة من الجيش مجتمعة و سمى هذا العقد كتابة و مكاتبة لأن فيه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة أو لأن فيه جمعا بين النجمين فصاعدا أو لأن كلا منهما يكتب الوثيقة و هو أظهر اه. و فى الشامية: قال فى المستصفى الكتب الجمع لغة و يستعمل فى الالزام فالمولى يلزم العبد البدل و العبد يلزم المولى العتق عند اداء البدل. قال المطرزىؒ: قولهم انه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة ضعيف و الصحيح أن كلا منهما كتب على نفسه أمرا هذا الوفاء و هذا الاداء و سمى كتابة لأنه يخلو عن العوضين فى الحال و لا يكون الموجود عند العقد إلا الكتابة و سائر العقود لا تخلو عن الأعواض غالبا اه أقول قوله "غالبا" قيد لهما فتدبر و لعل وجه الضعف ما قاله السائحانىؒ أن حرية اليد لم تكن فى العقد و أن حرية الرقبة بعد انتهائه. (٤) و شرعا الخ. و فى الدر المختار: (الكتابة) شرعا (تحرير المملوك يدا) أى من جهة اليد (حالا و رقبة مآلا) يعنى =>

قال و إذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه و قبل العبد ذلك صار مكاتباً أما الجواز فلقوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ و هذا ليس أمر إيجاب باجماع بين الفقهاء

التحرير يداً في الحال و رقبة في المآل و لا يلزم عليه تعليق العتق على مال لأنه لا يحتاج فيه إلى لفظ الكتابة بل يحصل بقوله أعتقتك على كذا و الفرق بينهما في الحكم أن الكتابة عقد يقال و يفسخ بخلاف العتق على مال لأنه من جانب المولى يمين (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه و قبل العبد ذلك صار مكاتباً) إنما استعمل هذا من باب المفاعلة التي تقتضي الاشتراك بين الاثنين لأن المولى كتب على نفسه العتق و العبد الأداء فاشتركا في أصل الفعل فالمولى مكاتب بكسر التاء و العبد مكاتب بفتحها و يأتي الآن بيان القيود التي فيها (أما الجواز) أي جواز الكتابة (فلقوله تعالى ﴿فكاتبوهم (١) إن علمتم فيهم خيراً﴾ أي كاتبوا الذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم و دلالة هذا على مشروعية العقد لا يخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره و لما كان مقصود المصنف رحمه الله تعالى بيان أن عقد الكتابة أمر مندوب أو واجب تعرض لذلك بقوله (و هذا ليس أمر إيجاب) أي قوله ﴿فكاتبوهم﴾ ليس أمر إيجاب (باجماع بين الفقهاء) و احترز بقوله الفقهاء عن داود الظاهري و من تابعه و عمرو بن دينار و عطاء و رواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى و رواية عن أحمد رحمه الله تعالى فإنهم قالوا تجب الكتابة إذا سأل العبد إذا كان ذا أمانة و ذا كسب إذ الأمر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية و نفي المصنف رحمه الله تعالى ذلك بقوله

=> عند اداء البدل حتى لو أداه حالا عتق حالا اه. و في رد المحتار على الدر المختار: (قوله تحرير المملوك) أي كلا أو بعضا و أطلقه فشمل القن و المدبر و أم الولد (قوله يدا) أي تصرفا في البيع و الشراء و نحوهما جوهرة (قوله حالا) أي عقب التلفظ بالعقد حتى يكون العبد أحق بمنافعه ط عن الحموي (قوله و رقبة مآلا) أخرج العتق المنجزو و المعلق ثم هذا تعريف بالحكم و لو أراد التعريف بالحقيقة لقال هي عقد يرد على تحرير اليد طوري (قوله يعني عند اداء البدل) أفاد أن تاخير الاداء غير شرط (قوله حتى لو أداه حالا عتق حالا) تفريع على التفسير و لا تظن أن العتق معلق على الاداء بل إنما عتق عند الأداء لأن موجب الكتابة العتق عند الاداء و كان القياس أن يثبت العتق عند العقد لأن حكمه يثبت عقبه لكن يتضرر المولى بخروج عبده عن ملكه بعوض في ذمة المفلس و الفرق بين التعليق و الكتابة في مسائل منها أنه في التعليق يجوز بيعه و نهيه عن التصرف و يملك أخذ كسبه بلا إذنه كما في التبيين. و في غاية البيان و لو مات قبل الاداء لا يؤدى عنه مما ترك و كذا لو مات المولى يورث عنه العبد مع أكسابه و لو ولدت ثم أدت لم يعتق ولدها و لو حط عنه البعض فادى الباقي أو أبرأه عن الكل لم يعتق بخلاف الكتابة و بخلاف العتق على مال كأنت حر على ألف فقبل العبد فانه يعتق من ساعته و البدل في ذمته اه ملخصا.

(١) فكاتبوهم الآية. النور: ٣٣.

و إنما هو أمر ندب هو الصحيح ففي الحمل علي الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه أما الندبية فمعلقة به و المراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه و إن كان يصح لو فعله و أما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه و لا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه الصلاة و السلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد

(و إنما هو أمر ندب هو الصحيح) احترز به عن قول بعض مشايخنا أن الأمر للاباحة ثم بين ما يلزم من المحذور من هذا القول بقوله (ففي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط) و هو قوله تعالى ﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾ (إذ هو) أى عقد الكتابة (مباح بدونه) أى بدون الشرط تقريره أن في الحمل علي الإباحة إلغاء الشرط لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق و كلام الله تعالى منزه عن ذلك و في الحمل على الندب إعمال له لأن الندبية معلقة به و هو معنى قوله (أما الندبية فمعلقة به) أى بالشرط و بين ذلك بقوله (و المراد بالخير المذكور) يعنى في قوله تعالى ﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾ (على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فإن كان يضر بهم) بأن كان غير أمين و لا مشتغل بالكسب) فالأفضل أن لا يكاتبه و إن كان يصح لو فعله) واصل بما قبله يعنى و إن كان يضر بهم لو فعل المولى عقد الكتابة صح و فسرت الثلاثة رحمهم الله تعالى الخيرية بمثل قولنا و هي الأمانة و الكسب و به قال عمرو بن دينارؒ و عن ابن عباس و ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و عطاء رحمه الله تعالى الخير الكسب خاصة و عن الثورى و الحسن البصرى رحمهما الله تعالى أنه الأمانة و الدين خاصة و قيل هو الوفاء و الأمانة و الصلاح و إذا فقد الامانة و الكسب فالكتابة لا تكره عندنا و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و قال أحمد و إسحاق و أبو الحسين بن القطان من أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى تكره (و أما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و لا يعتق إلا بأداء كل البدل) و هذا قول جمهور الفقهاء (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد) هذا الحديث أخرجه (١) الأربعة رحمهم الله تعالى فأبو داود و النسائى رحمهما الله تعالى في العتق و الترمذىؒ في البيوع و ابن ماجةؒ في الأحكام عن عمرو بن شعيب عن

(١) أخرجه الاربعة فابوداودؒ فى العتق باب فى المكاتب يؤدى بعض كتابته فيعجز أو يموت ص ١٩١ ج٢ و النسائىؒ فى الكبرى فى العتق ص ١٩٧ ج٣ و الترمذىؒ فى البيوع باب ما جآء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ص ١٥١ ج١ و ابن ماجةؒ فى العتق باب المكاتب ص ١٨٤.

و قال عليه الصلاة و السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم و فيه اختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم

أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد هذا لفظ أبي داودؒ و لفظ الترمذيؒ سمعت رسول الله ﷺ يخطب يقول من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق أو قال عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق و قال غريب و لفظ ابن ماجةؒ أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة اوقيات فهو رقيق و أخرجه (١) الدار قطنيؒ في سننه عن عباس (٢) الجريرى عن عمرو بن شعيب به و كذلك الحاكمؒ في المستدرك و قال صحيح الأسناد و لم يخرجاه كلاهما بلفظ أبي داود (و قال عليه الصلاة و السلام) أى قال النبي ﷺ (المكاتب عبد ما بقي عليه درهم) هذا أخرجه (٣) أبو داودؒ في العتق عن اسماعيل بن عياش قال حدثني سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال المكاتب عبد ما بقي من كتابته درهم و فيه (٤) اسماعيل بن عياش لكنه عن شيخ شامي ثقة و أخرجه (٥) ابن عديؒ في الكامل عن سليمان بن ارقم عن الزهرى عن أبي سلمة بن عبدالرحمن عن أم سلمة أنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم أو أوقية انتهى و ضعف سليمان بن ارقم عن أحمد و أبي داود و النسائي و ابن معين رحمهم الله تعالى و قالوا كلهم فيه إنه متروك و قال ابن عديؒ و لعل البلاء فيه من المسيب بن شريك و هو الذى رواه عن سليمان فإنه شر من سليمان و روى (٦) مالك رحمه الله تعالى في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه موقوفاً المكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته و أخرجه (٧) ابن أبي شيبةؒ موقوفاً على ابن عمر و عثمان و زيد بن ثابت و عائشة رضى الله تعالى عنهم لم يروه مرفوعاً أصلا (و فيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم) أى و في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضى الله عنهم فعند

(١)أخرجه الدار قطنيؒ في كتاب المكاتب ص١٢١ ج٤. (٢)عباس الجريرى و في التهذيب: عباس بن فروخ (بفتح الفاء و تشديد الراء المهملة آخره خاء المعجمة) الجريرى (بضم الجيم) ابو محمد البصرى. قال عبدالله بن احمدؒ عن ابيه ثقة ثقة و كذا قال النسائيؒ و قال ابن معينؒ ثقة و قال ابو حاتمؒ صدوق صالح الحديث و ذكره ابن حبانؒ في الثقات قلت قال ابو اسحاق مات كهلا بعد العشرين و مائة. (٣)أخرجه ابوداودؒ في العتق باب في المكاتب يؤدى بعض كتابته فيعجز أو يموت ص١٩١ ج٢. (٤)و فيه اسماعيل بن عياش الخ. قال العثمانيؒ في الاعلاء: حديث اسماعيل بن عياش عن أهل الشام صحيح عند القوم. (٥)أخرجه ابن عديؒ الخ. كذا في نصب الراية ص١٤٣ ج٤. (٦)روى مالك رحمه الله تعالى في المؤطا في كتاب المكاتب (باب) القضاء في المكاتب ص٥٤٥. (٧)أخرجه ابن ابي شيبةؒ في البيوع (باب) في المكاتب عبد ما بقي عليه شيء ص١٤٦ ج٦.

و ما اخترناه قول زيد رضي الله تعالى عنه

ابن عباس رضى الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه يعنى يعتق بنفس العقد و هو غريم المولى بما عليه من بدل الكتابة و روى (١) عبدالرزاق فى مصنفه عن عكرمة بن عمار عن يحى ابن أبي كثير أن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال إذا بقى على المكاتب خمس أواق أو خمس ذود أو خمس أوسق فهو غريم و عند ابن مسعود رضى الله تعالى عنه يعتق إذا أدى قيمة نفسه روى (٢) عبدالرزاق أيضاً عن المغيرة عن ابراهيم عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال إذا أدى قدر ثمنه فهو غريم و عند زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه لا يعتق و لو بقى عليه درهم و هو الذى اختاره أصحابنا أشار إليه بقوله (و ما اخترناه قول زيد رضى الله تعالى عنه) أى زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه و إنما اختاره لأنه مؤيد بالأحاديث التى ذكرناها آنفاً و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى أيضاً و حديث زيد رضى الله تعالى عنه أخرجه الشافعي رحمه الله تعالى فى مسنده أخبرنا ابن عيينة عن ابن أبى نجيح عن مجاهد أن زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه قال فى المكاتب هو عبد ما بقى عليه درهم و رواه (٣) عبدالرزاقّ فى مصنفه عن سفيان الثورى عن ابن أبى نجيح به سواء و من طريق الشافعي رحمه الله تعالى رواه (٤) البيهقىّ فى سننه و رواه (٥) ابن أبى شيبةّ فى مصنفه أخبرنا و كيع عن سفيان به و ذكره (٦) البخارىّ فى صحيحه تعليقاً فقال و قال زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه هو عبد ما بقى عليه درهم و عند على رضى الله تعالى عنه يعتق بقدر ما أدى و به قالت الظاهرية و روى (٧) عبدالرزاقّ أخبرنا سفيان الثورى عن طارق بن عبدالرحمن عن الشعبى أن علياً رضى الله تعالى عنه قال فى المكاتب يعجز قال يعتق بالحساب و قال زيد رضى الله تعالى عنه هو عبد ما بقى عليه درهم و قال عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه إذا أدى الثلث فهو غريم و مثل ما ذهب إليه زيد روى عن عمر و عثمان و ابن عمر و عائشة و أم سلمه رضى الله تعالى عنهم و روى (٨) البيهقىّ في سننه عن ابن أبي عروبة عن قتادة عن معبد الجهني عن عمر رضى الله تعالى عنه

(١)روى عبدالرزاقّ فى المكاتب باب عجز المكاتب و غير ذلك ص٤٠٥ ج٨. (٢)روى عبدالرزاقّ فى الباب المذكور ص٤١١ ج٨. (٣)رواه عبدالرزاقّ فى الباب المذكور ص٤٠٥ ج٨. (٤)رواه البيهقىّ فى المكاتب باب المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ص٤٢٤ ج١٠. (٥)رواه ابن ابى شيبةّ فى البيوع (باب) فى المكاتب عبد ما بقى عليه شيء ص١٤٧ ج٦. (٦)ذكره البخارىّ فى المكاتب باب بيع المكاتب إذا رضى ص٣٤٨ ج١ و لفظه: و قالت عائشة رضى الله تعالى عنها هو عبد ما بقى عليه شيء و قال زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه ما بقى عليه درهم و قال ابن عمر رضى الله تعالى عنه هو عبد ان عاش و ان مات و ان جنى ما بقى عليه شيء. (٧)روى عبدالرزاقّ في المكاتب باب عجز المكاتب و غير ذلك ص٤٠٦ ج٨. (٨)روى البيهقىّ فى المكاتب باب المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ص٣٢٥ ج١٠.

**و يعتق بأدائه و إن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به**

قال المكاتب عبد ما بقي عليه دوهم و روى (١) ابن ابى شيبةؒ في مصنفه عن عباد بن منصور عن حماد عن ابراهيم عن عثمان رضى الله تعالى عنه قال المكاتب عبد ما بقى عليه درهم و أخرج (٢) عبدالرزاقؒ عن ابن جريج قال أخبرنى عبد الكريم بن أبى المخارق أن زيد بن ثابت و ابن عمر و عائشة رضى الله تعالى عنهم كانوا يقولون المكاتب عبد ما بقى عليه درهم و أخرج (٣) أيضاً عن أبى معشر عن سعيد بن أبى سعيد المقبرى عن أم سلمة زوج النبى ﷺ قالت المكاتب عبد ما بقى عليه درهم (و يعتق بأدائه) أى يعتق المكاتب باداء جميع بدل الكتابة (و إن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر) الضمير فى أديتها يرجع إلى الألف مثلا أو نحوها أو يرجع إلى المال و لكن التأنيث باعتبار المكاتبة فإن المكاتبة قد تطلق على البدل و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا إن أديته فأنت حر و فى شرح (٤) الوجيز و لو لم يصرح بتعليق الحرية بالأداء و لكن نواه بقلبه كاتبتك على كذا صحت الكتابة أيضا و إن لم يصرح بالتعليق و لا نواه لم تصح الكتابة و لم يحصل العتق و عن بعض أصحابه إن كان الرجل فقيهاً صحت كتابته بمجرد لفظ كاتبتك على كذا و إلا فلا بد من تعليق الحرية أو نيته و أصل الاختلاف راجع إلى تفسير الكتابة شرعاً فعنده الكتابة ضم نجم إلى نجم فلو صرح و قال ضربت عليك ألفاً على أن تؤديها إلىّ فى كل شهر كذا لا يعتق و كذا إذا قال كاتبتك و لم يقل إن أديت إلى فأنت حر لا يعتق فكذا هذا و عندنا هو ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء فلا يحتاج إلى تعليق العتق بالأداء كما فى مبسوط شيخ الإسلامؒ (لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به) أى بالشرط و هو قوله إن أديت أو إذا أديت و قد حققنا أصل الخلاف الآن و فى شرح الكافى و الحاصل انه إذا قال لعبده كاتبتك على ألف درهم على أن تؤدى إلىّ كل شهر كذا فأنت حر فإنه يكون كتابة لأن معنى الكتابة ليس إلا الإعتاق على مال مؤجل منجم بنجوم معلومة و لكن إنما يجوز إذا قبل الكتابة لأنه عقد معاوضة فلا بد من الإيجاب و القبول و كذلك لو قال كاتبتك على ألف درهم و نجمه و سمى النجوم و قبل العبد فإنه يكون كتابة و إن لم يعلق العتق

---

(١) روى ابن ابى شيبةؒ فى البيوع (باب) فى المكاتب عبد ما بقى عليه شيء ص١٤٨ ج٦. (٢) أخرج عبدالرزاقؒ فى المكاتب باب عجز المكاتب و غير ذلك ص٤٠٨ ج٨. (٣) أخرج أى عبدالرزاقؒ فى الباب المذكور ص٤٠٨ ج٨. (٤) شرح الوجيز ص٤٤٣ ج١٣.

كما في البيع و لا يجب حط شيء من البدل

بالأداء و لم يقل على أنك إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر لأنه عقد معاوضة فيعتق بحكم المعاوضة لا بحكم الشرط و على قول الشافعي رحمه الله تعالى لا بد من التعليق بشرط الأداء و لو قال لعبده إن أديت إلى ألفاً فأنت حر و إن أديت إليّ قيمتك فانت حر فأداه يعتق لأن العتق معلق بالأداء فقد وجد شرطه قال الكرخيّ و لا يكون هذا كتابة و إن كان ثمة معنى الكتابة من وجه حتى أن العبد إذا جاء بالبدل فإنه يجبر على قبوله أى يصير المولى قابضاً له بالتخلية كما في الكتابة و إن لم يقبل المولى استحساناً عندنا خلافاً لزفرّ و بيان التفرقة بين التعليق و الكتابة في مسائل فإنه إذا مات العبد هنا قبل الأداء و ترك مالاً فالمال كله للمولى و لا يؤدى عنه فيعتق بخلاف الكتابة و كذا لو مات المولى و في يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع أكسابه بخلاف الكتابة و لو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف الكتابة و لو قال العبد للمولى حط عنى مائة فحطه المولى عنه فأدى تسعمائة فإنه لا يعتق بخلاف الكتابة و لو أبرأ المولى عن الألف العبد لم يعتق و لو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق و لو باع هذا العبد ثم اشتراه و أدى إليه يجبر على القبول عند أبي يوسفّ و قال محمدّ في الزيادات لا يجبر على قبولها فإن قبلها عتق و كذا لو رد إليه بخيار أو عيب و أما الإعتاق على مال فهو خلاف الكتابة و خلاف تعليق العتق بالأداء فإنه إذا قال لعبده أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته و يكون البدل واجباً في ذمته و كذا إذا قال لعبده أنت حر على قيمة رقبتك و قبل ذلك فإنه يعتق كذا في التحفة وغيرها (كما في البيع) يعني كما لا يحتاج ثمة إلى قول البائع للمشترى إذا ملكتني الثمن ملكتك المبيع لأن دخول هذا المعنى في مقتضى لفظ البيع يغنى عن التصريح به فكذا هذا لا يحتاج إلى التصريح بقوله إن أديت كذا فأنت حر (و لا يجب (١) حط شيء من البدل) أى من بدل الكتابة عن العبد بل هو مندوب و به قال

(١)و لا يجب حط شيء الخ.قال العلام العثمانيّ في اعلاء السنن ص٢٤١ ج١٦. قال الجصاص: اختلف أهل العلم في المكاتب هل يستحق على مولاه أن يضع عنه شيئا من كتابته؟ فقال أبو حنيفة و أبو يوسف و زفر و محمد و مالك و الثورى رحمهم الله تعالى: إن وضع عنه شيئا من كتابته فهو حسن مندوب إليه و إن لم يفعل لم يجبر عليه و قال الشافعي رحمه الله تعالى: هو على الوجوب و روى عن ابن سيرين. (١) في قوله: ﴿و آتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾ قال: "كان يعجبهم أن يدعوا له طائفة من مكاتبته" قال الجصاص: ظاهر قوله: "كان يعجبهم" أنه أراد به الصحابة و كذلك قول إبراهيم: "كانوا يكرهون و كانوا يقولون" الظاهر من قول التابعي إذا قال ذلك أنه أراد به الصحابة فقول ابن سيرين يدل على أن ذلك كان عند الصحابة على الندب لا على الإيجاب لأنه لا يجوز أن يقال في =>

(١)أثر ابن سيرين هذا رواه البيهقي في سننه و احتج به و لم يعله ابن التركماني في "الجوهر النقي" بشيء (٢:٢٦٨).

..............................

..............................

=> الإيجاب و روى يونس عن الحسن و إبراهيم ﴿و آتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾ قال: "حث عليه مولاه وغيره" (أخرجه الطبرى فى "تفسيره": حدثنى يعقوب ثنى ابن علية أخبرنى يونس عن الحسن فذكره قال: و حدثنى يعقوب ثنا هشيم عن مغيرة عن إبراهيم قال: "أمر مولاه و الناس جميعا أن يعينوه") و هذان إسنادان صحيحان (١٨: ١٠٢) و روى مسلم ابن أبى مريم عن غلام عثمان بن عفان قال: "كاتبنى عثمان و لم يحط عنى شيئاً" (احتج به ابن حزم على إيجاب المكاتبة إذا سألها العبد و ترك منه قول عثمان لعبده: "و الله لا أعطيك منها شيئا" كما تقدم و لا يجوز أن يكون بعض الأثر حجة و بعضه ليس بحجة). قال الجصاص: ويحتمل أن يريد بقوله: ﴿و آتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾ ما ذكره فى آية الصدقات من قوله: ﴿و فى الرقاب﴾ و أفاد بذلك دفع الصدقات الواجبات إلى المكاتب و إن كان مولاه غنيا و يدل عليه أنه أمر باعطاءه من مال الله و ما أطلق عليه هذه الاضافة فهو ما كان سبيله الصدقة و صرفه فى وجوه القرب و أيضا فإن الظاهر من قوله: ﴿من مال الله الذى آتاكم﴾ أنه أراد مالا هو ملك لمن أمر بإيتائه و ذلك الصدقة الواجبة فى الأموال و هو الذى قد صح ملكه للمالك و أمر بإخراج بعضه و أما مال المكاتبة فليس بدين صحيح لكونه على عبده و المولى لا يثبت له على عبده دين صحيح (و أيضا فإن قوله: ﴿و آتوهم﴾ يأبى حمله على الحط و الوضع لأن المأمور به الايتاء و هو الإعطاء و الحط لا يسمى إعطاء و المال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة حمل بلا دليل) قال الجصاص: فلو كان الحط واجبا لما احتاج أن يضع عنه (أو يؤتيه شيئا) بل يسقط القدر المستحق كمن له على إنسان دين ثم صار للمدين عليه مثله أنه يصير قصاصا و لو كان كذلك لحصلت الكتابة مجهولة (على قول من لم يقدر الايتاء بالربع و نحوه بل بما شاء المولى) لأن الباقى بعد الحط مجهول فيصير بمنزلة من كاتب عبده على ألف درهم إلا شيء و ذلك غير جائز و جملة ذلك أن الايتاء لو كان فرضا لسقط ثم لا يخلو من أن يكون ذلك القدر معلوما أو مجهولا فإن كان معلوما فالواجب أن تكون الكتابة بما بقى فيعتق إذا أدى ثلاثة آلاف درهم و الكتابة أربعة آلاف درهم و ذلك فاسد من وجهين: أحدهما: أنه لا يصح الاشهاد على الكتابة بأربعة آلاف درهم و مع ذلك فلا معنى لذكر شئى لا يثبت و أيضا فانه يعتق بأقل مما شرط و هذا فاسد لأن أداء جميعها مشروط فلا يعتق باداء بعضها و أيضا فإن الشافعى رحمه الله تعالى قال: المكاتب عبد ما بقى عليه درهم فالواجب إذا أن لا يسقط شيء و لو كان الايتاء مستحقا لسقط و إن كان الايتاء مجهولا فالواجب أن يسقط ذلك القدر فتبقى الكتابة على مال مجهول فإن قيل: روى عطاء بن السائب عن أبى عبدالرحمن أنه كاتب غلاما له فترك ربع كتابته و قال: إن عليا كان يأمرنا بذلك و يقول: هو قول الله: ﴿و آتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾ و روى عن مجاهد أنه قال: "تعطيه ربعا من جميع مكاتبته تعجله من مالك" قيل له: هذا يدل على أنهم لم يروا ذلك واجبا و أنه على وجه الندب لأنه لو كان واجبا عندهم لسقط بعد عقد الكتابة هذا القدر إذا كان المكاتب مستحقا له و لم يكن المولى يحتاج إلى أن يعطيه شيئا و من ادعى أن مال الكتابة يجب على المكاتب مؤجلا و يستحق هو على المولى أن يعطيه مقدار الربع معجلا فلا يصير قصاصا فعليه البيان فإن الله تعالى لم يفرق بين الكتابة الحالة و المؤجلة و كذلك من روى عنه من السلف الحط لم يفرقوا بين الحالة و المؤجلة و لم يفرق أيضا بين أن يحل مال الكتابة المؤجل و بين أن لا يحل فيما ذكروا من الحط و الإيتاء فعلمنا أنه لم يرد به الإيجاب إذا لم يجعله =>

........................................

........................................

=> قصاصا إذا كانت حالة أو كانت مؤجلة فحلت و أوجب الايتاء في الحالين و الايتاء هو الإعطاء و ما يصير قصاصا لا يطلق فيه الاعطاء و مما يدل من جهة السنة على ما وصفنا ما روى يونس و الليث عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: "جاءتني بريرة فقالت: يا عائشة! إني قد كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك فإن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعا و يكون ولاءك لي فعلت" و ذكر الحديث فلما أرادت عائشة أن تؤدى عنها كتابتها كلها و ذكرته لرسول الله ﷺ و ترك النكير عليها و لم يقل: إنها تستحق أن يحط عنها بعض كتابتها او أن يعطيها المولى شيئا من ماله ثبت أن الحط عن الكتابة على الندب لا على الإيجاب لأنه لو كان واجبا لأنكره النبي ﷺ و لقال لها: لم تدفعين إليهم ما لا يجب لهم عليها؟ و يدل عليه أيضا ما روت عائشة أن جويرية جاءت إلى النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فقال: "فهل لك في خير من ذلك؟" فقالت: و ما هو يا رسول الله؟ فقال: "أقضي عنك كتابتك و أتزوجك" قالت: نعم! قال: "قد فعلت" (رواه الحاكم و صححه و حديث بريرة عندهم جميعا بألفاظ مختلفة يؤيد بعضها بعضا) ففي هذا الحديث أنه بذل لجويرية أداء جميع كتابتها عنها إلى مولاها و لو كان الحط واجبا لكان الذي يقصد إليه رسول الله ﷺ بالأداء عنها باقي كتابتها و قد روى عن عمر و عثمان و الزبير رضي الله تعالى عنهم و من قدمنا قولهم من السلف أنهم لم يكونوا يرون الحط واجبا و لا يروى عن نظراءهم خلافه و ما روى عن علي رضي الله تعالى عنه فيه فقد بينا أنه يدل على أنه رآه ندبا لا إيجابا اهـ ملخصا (٣: ٣٢٤) فإن قيل: حديث بريرة و جويرية محمول كلاهما على ما إذا عجز المكاتب نفسه و رضي بالبيع و الخصم لا يقول بوجوب الإيتاء إلا إذا مضى على كتابته و لم يعجز نفسه قلنا: و لكن ابن حزم و من وافقه يقولون بوجوب الإيتاء في أول عقد الكتابة سواء عجز نفسه بعد ذلك أو لم يعجز و أيضا فإن كون حديث جويرية محمولا على التعجيز و فسخ الكتابة غير مسلم فإن النبي ﷺ قضى عنها كتابتها و لم يشترها من مولاها هذا هو سياق حديثها و لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا و في "الجوهر النقي": العجب من الشافعي رحمه الله تعالى كيف حمل الأمر في قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم﴾ على الندب و في قوله: ﴿و آتوهم﴾ على الوجوب ثم أنه جعل المخاطبين بذلك موالي المكاتبين و ليس الأمر كذلك قال ابن جرير الطبري في "التهذيب": و في حديث بريرة أيضا الدلالة على صحة قولنا في تأويل قوله تعالى: ﴿و آتوهم من مال الله﴾ أنه يعني به أهل الأموال الذين وجبت في أموالهم الصدقات فأمرهم الله تعالى بإعطاء المكاتبين منها ما فرض فيها بقوله تعالى: ﴿و في الرقاب﴾ و لو لا ذلك لم تكن بريرة تسأل عائشة (و لا جويرية رسول الله ﷺ و لا ضرورة لها من إمكان عجزها عن الكتابة إذا لم تجد سبيلا إلى الأداء و الرجوع إلى ما كانت عليه من وجوب نفقتها على مواليها و لكنها لما علمت أن الله تعالى فرض في أموال أهل الأموال لمن كان بمثل حالها حقا بقوله: ﴿و آتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ و بقوله: ﴿و في الرقاب﴾ تعرضت لطلب ذلك و في ذلك دلالة بينة على أن المراد بقوله تعالى: ﴿و آتوهم﴾ أهل الأموال و الدلالة على خطأ من زعم أن قوله: ﴿و آتوهم﴾ يعني به موالي المكاتبين خاصة دون سائر الناس غيرهم و أنهم أمروا أن يضعوا عنهم من كتابتهم و لو كان كما قالوا لقال ضعوا عنهم من كتابتهم و لو كان أمرا باعطائهم من مال كتابتهم لقال: من مال الله الذي آتاكم منهم فإذا لم يكن محصورا على مواليهم كان معلوما أنه خطاب لذوي الأموال (قلت: و قد تقدم في كتاب الزكاة من هذا الكتاب عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء و المساكين﴾ الآية قال: "في أيّ صنف وضعته أجزأك و إسناده حسن و روى ابن أبي شيبة عن عمر و حذيفة رضي الله تعالى عنهما و سعيد بن جبير و عطاء و النخعي و أبي العالية =>

اعتباراً بالبيع

مالك و الثورى رحمهم الله تعالى و قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى يجب و به قال أصحاب الظاهر و في وقت وجوبه وجهان أحدهما بعد العتق و الثاني بعد أداء أكثر البدل و قدره الشافعي رحمه الله تعالى بما يقع عليه إسم المال لاختلاف أقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم في قدر المحطوط و الأقل منتفى قال صاحب العناية و قال الشافعي رحمه الله تعالى يستحق عليه حط ربع البدل و هو قول عثمان رضى الله تعالى عنه قلت نص الشافعي رحمه الله تعالى ما ذكرناه و حط ربع البدل هو قول أحمد و استدل الشافعي رحمه الله تعالى بقوله تعالى ﴿و آتوهم (١) من مال الله الذى آتاكم﴾ و مطلق الأمر للوجوب و لنا ما أشار إليه بقوله (اعتباراً بالبيع) أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه كما لا يجب في البيع و الأمر في الآية للندب لأنه معطوف على الأمر بالكتابة لأن الأصل أن يكون المعطوف في حكم المعطوف عليه كذا في المبسوط و رد بأن هذه جملة تامة فلا يوجب المشاركة كما في قوله تعالى ﴿و أقيموا الصلاة و

=> و ميمون بن مهران رحمهم الله تعالى مثله بأسانيد حسنة. فلم يكن قوله: ﴿و آتوهم من مال الله﴾ على الوجوب بل على الندب في حق سائر الناس و إنما جاز لبريرة و جويرية السؤال لأن العتق و السعي في تحصيله من ضرورة الإنسان التي لا غنى له عنها فافهم). و لو سلمنا أن المراد بذلك الموالي فالأمر محمول على الندب (بدليل ما مر بما لا مزيد عليه) كما فعل الشافعي رحمه الله تعالى في قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم﴾ و كما فعل هو وغيره في الأمر بالإشهاد على البيع و الكتابة و قد تقدم أن عثمان كاتب مملوكا له على مائة ألف و قال: "و الله لا أعطيك منها درهما". و ما ذكره البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة و غيرهم أنهم وضعوا شيئا من الكتابة فليس في شيء منه أنهم كانوا يرون ذلك واجبا عليهم فيحمل على أنهم فعلوا ذلك على سبيل الندب و الفضل و يدل على ذلك ما ذكره البيهقي في آخر الباب عن ابن سيرين قال: "كان يعجبهم أن يدع الرجل لمكاتبه طائفة من مكاتبته" اهـ (٢:٢٦٨) و هو صريح في الندب كما مر تقريره قلت: و روى البيهقي عن أبي التياح أنه أتى عليا فقال: "أريد أن أكاتب قال: أعندك شيء؟ فقال: لا فجمعهم على بن أبي طالب فقال: أعينوا أخاكم فجمعوا له فبقي بقية عن مكاتبته فأتى عليا فسأله عن الفضلة فقال: اجعلها في المكاتبين" (كنز العمال ٥:٢٥٦). و فيه أن المخاطبين بقوله تعالى: ﴿و آتوهم من مال الله﴾ أهل الأموال دون موالي المكاتبين خاصة و أن الأمر فيه ليس على الوجوب لأن عليا لم يأمر مولى أبي التياح أن يؤتيه أو يضع عنه شيئا بل أدى حميع كتابته حتى بقي عنها بقية والله تعالى أعلم. فاندحض بذلك كله قول ابن حزم: لقد كان أشبه بأمور الدين و أدخل في السلامة أن يقول الحنفيون بقول على رضى الله تعالى عنه في هذه المسألة و إن يقولوا مثل هذا لا يقال بالرأى اهـ (٩:٢٤٧). فقد عرفت أنهم لم ينكروا ما قاله على رضى الله تعالى عنه و لكنهم حملوه على الندب و بدليل ما ذكرناه بأبسط وجه و أكمله و أيضا فإن حديث على رضى الله تعالى عنه هذا رواه عبدالرزاق عن ابن جريج عن عطاء بن السائب و ابن جريج لم يسمع من عطاء إلا بعد اختلاطه كما قاله ابن حزم نفسه (٥:٢٤٨) فلا يصلح حجة على الوجوب فافهم. (١)وآتوهم الآية. النور: ٣٣.

قال

آتوا الزكاة﴾ و أجيب بأن هذه ليست بأن مثل تلك الجملة لأن الثانية مرتبطة بالأولى برجوع الضمير إليها فلم تكن مستبدة بنفسها فصح الاستدلال بالعطف و فيه نوع تأمل والتحقيق أن دلالة الآية على ما ادعاه خفية جداً لأنه قال من مال الله و هو يطلق على أموال القرب كالصدقات و الزكاة فكان الله أمرنا أن نعطى المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة و المأمور به الإيتاء و هو الإعطاء و الحط لا يسمى إعطاء و المال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين فحمله على حط شيء من بدل الكتابة عمل بلا دليل و قال ابن حزمؒ فى المحلى ناقض الشافعى رحمه الله تعالى فى قوله حيث حمل قوله تعالى ﴿فكاتبوهم﴾ على الندب و قوله ﴿و آتوهم﴾ على الوجوب و هذا تحكم انتهى و قال ابن جرير الطبرىؒ فى التهذيب و فى حديث بريرة رضى الله تعالى عنها أيضاً الدلالة على صحة قولنا فى تاويل قوله تعال ﴿و آتوهم من مال الله﴾ أنه يعني به أهل الأموال الذين وجبت فى أموالهم الصدقات فأمرهم الله تعالى بإعطاء المكاتبين منها ما فرض فيها بقوله تعالى ﴿و فى الرقاب﴾و لولا ذلك لم تكن بريرة رضى الله تعالى عنه تسأل عائشة رضى الله تعالى عنها و لا ضرورة لها مع إمكان عجزها عن الكتابة إذا لم تجد سبيلا إلى الأداء و الرجوع إلى ما كانت عليه من وجوب نفقتها على مواليها و لكنها لما علمت أن الله تعالى فرض فى أموال أهل الأموال لمن كان بمثل حالها حقاً بقوله تعالى ﴿و آتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾ و بقوله ﴿و فى الرقاب﴾ تعرضت لطلب ذلك و فى ذلك دلالة بينة على أن المراد بقوله تعالى ﴿و آتوهم﴾ أهل الأموال و الدلالة على خطأ من زعم أن قوله تعالى ﴿و آتوهم﴾ يعنى به موالى المكاتبين خاصة دون سائر الناس غيرهم و أنهم أمروا أن يضعوا عنهم من كتابتهم و لو كان كما قالوا لقال ضعوا عنهم من كتابتهم و لو كان أمرا بإعطائهم من مال كتابتهم لقال من مال الله الذى آتاكم فإذا لم يكن ذلك محصوراً على مواليهم كان معلوماً أنه خطاب لذوى الأموال بإتيانهم ما فرض الله لهم فى أموالهم انتهى و لئن سلمنا أن المراد بذلك الموالى فالأمر محمول على الندب كما فعل الشافعى رحمه الله تعالى فى قوله تعالى ﴿فكاتبوهم﴾ و كما فعل هو وغيره فى الأمر بالاشهاد على البيع و الكتابة و كل ما ذكره البيهقىؒ فى هذا الباب عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم وغيرهم أنهم وضعوا شيئاً من الكتابة فليس فى شيء منه أنهم كانوا يرون ذلك واجباً عليهم فيحمل على أنهم فعلوا ذلك على سبيل الندب و الفضل (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى

و يجوز أن يشترط المال حالاً و يجوز مؤجلاً و منجماً و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز حالاً و لا بد من

(و يجوز أن يشترط المال حالاً) أراد بالمال بدل الكتابة (و يجوز (١) مؤجلاً) بأن يجعله إلى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين (و منجماً) أي مقسطاً موقتاً و اشتقاقه (٢) من النجم و هو الطالع ثم سمي به الوقت و منه سمي المنجم ثم سمي ما يؤدى فيه من الوظيفة ثم اشتقوا منه فقالوا نجّم الدية أي أداها نجوماً و الكتابة الحالة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم و به صرح الولوالجي في فتاوه و الكتابة المؤجلة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم إلى سنة يؤدى كل شهر من النجم كذا و كل ذلك جائز (و قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز حالاً) غير مؤجل (و لا بد من

(١)و يجوز مؤجلا. أقول هو أفضل كما في السراج شرنبلالية كذا في الشامية (٢)و اشتقاقه من النجم الخ. نحوه في المغرب ص ٢٩١ ج٢. و في العمدة ص١١٧ ج١٣. النجم في الأصل الطالع ثم سمى به الوقت و منه قول الشافعي رحمه الله تعالى أقل التاجيل نجمان أي شهران ثم سمى به ما يؤدى به من الوظيفة يقال دين منجم جعل نجوما و قال الرافعيّ النجم في الأصل الوقت و كانت العرب يبنون أمورهم على طلوع النجم لأنهم لايعرفون الحساب فيقول أحدهم إذا طلع نجم الثريا أديت حقك فسميت الأوقات نجوما ثم سمي المؤدى في الوقت نجما و قيل أصل هذا من نجوم الأنواء لأنهم كانوا لا يعرفون الحساب و إنما يحفظون أوقات السنة بالأنواء. (٣)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. قال العلام العثمانيّ في الاعلاء ص٢٢٩ ج١٦. و أما اشتراط التأجيل في الكتابة فهو قول الشافعي وقوفا مع التسمية بناء على أن الكتابة مشتقة من الضم و هو ضم بعض النجوم إلى بعض و أقل ما يحصل به الضم نجمان و بأنه أمكن لتحصيل القدرة على الأداء و ذهب المالكية و الحنفية إلى جواز الكتابة الحالة و اختاره بعض الشافعية كالروياني و قال ابن التين: لا نص لمالك في ذلك إلا أن محققي أصحابه شبهوه ببيع العبد من نفسه و اختار بعض أصحاب مالك أن لا يكون أقل من نجمين وكقول الشافعي. و احتج الطحاوى وغيره بأن التأجيل جعل رفقا بالمكاتب لا بالسيد فإذا قدر العبد على ذلك لا يمنع منه و هذا قول الليث و بأن سلمان كاتب بأمر النبي ﷺ و لم يذكر تأجيلا و الحديث علقه البخاري و وصله أحمد و الطبراني من طريق ابن إسحاق عن عاصم بن عمر عن محمود بن لبيد عن سلمان قال: كنت رجلا فارسيا فذكر الحديث بطوله و فيه: فقال رسول الله ﷺ "كاتب يا سلمان" قال: فكاتبت صاحبي على ثلثمائة و دية و أخرجه ابن حبان و الحاكم في "صحيحيهما" من وجه آخر عن زيد بن صوحان عن سلمان نحوه و أخرجه أبو أحمد و أبو يعلى و الحاكم من حديث بريدة بمعناه اه من "فتح الباري" (٤:٣٤١) و بأن عجز المكاتب عن القدر الحال لا يمنع صحة الكتابة و كالبيع في المجلس كمن اشترى ما يساوى درهما بعشرة دراهم حالة و هو لا يقدر حينئذ إلا على درهم نفذ البيع مع عجزه عن أكثر الثمن و بأن الشافعية أجازوا السلم الحال و لم يقفوا مع التسمية مع أنها مشعرة بالتأجيل اه ملحضا من "فتح الباري" (٥:١٣٤) و أيضا فلا تسلم دلالة التسمية على النجوم لاحتمال أن يكون مأخوذا من كتابة الكتاب بين العبد و سيده و لو سلم كونه مأخوذا من الكتب بمعنى الضم فلا نسلم أنه لضم النجوم بعضها إلى بعض بل لما فيه من ضم حرية اليد إلى حرية النفس أشار إليه صاحب "الهداية" فتأمل.

**تنجيم لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتاً و قد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت به و لنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم و لأنه عقد معاوضة و البدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا**

تنجيم) و به (١) قال أحمدُ في ظاهر الرواية (لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل) أي لأن المكاتب لا يقدر على أداء البدل في الحال (لعدم الأهلية قبله) أي لعدم أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجل الرق لأنه كان مملوكاً لا يقدر على شيء و في زمان يسير لا تثبت القدرة عادة على الكسب على مال كثير (بخلاف السلم على أصله) أي بخلاف السلم الحال على أصل الشافعي رحمه الله تعالى حيث جوزه (لأنه أهل للملك) أي لأن المسلم إليه أهل للملك قبل العقد لا يقال هذا إضمار قبل الذكر لأنا لا نقول السلم يدل عليه لأنه لا يقوم إلا بالمتعاقدين أحدهما المسلم إليه (فكان احتمال القدرة ثابتاً) و هو عقد جرى بين الحرين و الظاهر هو القدرة على مال التزمة (و قد دل الإقدام على العقد) أي إقدام المسلم إليه على عقد السلم (عليها) أي على القدرة (فتثبت) أي القدرة (به) أي بالاقدام على العقد و لقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون باعانته و الطرق متسعة استدانة و استقراض و استيهاب و استعانة بالزكوات و الكفارات و العشور و الصدقات و قد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت (و لنا ظاهر ما تلونا) و هو قوله تعالى ﴿فكاتبوهم﴾ (من غير شرط التنجيم) و التأجيل فلا يزاد على النص بالرأي و بقولنا قال مالك رحمه الله تعالى و في الجواهر قال أبو بكرٍ و ظاهر قول مالك رحمه الله تعالى أن التنجيم و التأجيل شرط فيه ثم قال و علماؤنا النظارة يقولون إن الكتابة الحالة جائزة و هو القياس (و لأنه) أي و لأن عقد الكتابة (عقد معاوضة و البدل معقود به) تحرير هذا الكلام أن عقد المعاوضة يعتمد المعقود عليه و المعقود به و وجود المعقود عليه لا بد منه لأنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان و وجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز إبتياع من لا يملك الثمن و بدل الكتابة معقود به لا محالة (فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه) أي على الثمن و الحاصل أن بدل الكتابة ثمن من وجه و لهذا يجوز الاستدلال به قبل القبض و مبيع من وجه و لهذا إذا عجز عن الأداء يفسخ العقد فعملنا بالشبهين و قلنا بالفسخ عند العجز لكونه مبيعا و بعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد لكونه ثمنا (بخلاف السلم على أصلنا) فانه لا يجوز إلا مؤجلا

(١) و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ. كذا في المغني ص٣٤٦ ج١٢.

لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه و لأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهراً بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة و فى الحال كما امتنع من الاداء يرد إلى الرق قال و تجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع و الشراء لتحقق الإيجاب و القبول إذ العاقل من أهل القبول و التصرف نافع فى حقه و الشافعى رحمه الله تعالى يخالفنا فيه و هو بناء على مسألة إذن الصبي فى التجارة

(لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه) أى على المعقود عليه لما ذكرنا أن العقد يعتمده و لا بد منه (و لأن مبنى الكتابة على المساهلة) لأنه عقد كرم إذ العبد و ما يملكه لمولاه (فيمهله المولى ظاهراً بخلاف السلم لأن مبناه) أى مبنى السلم (على المضايقة) و المماكسة فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه (و فى الحال كما امتنع من الأداء) أى فى عقد الكتابة فى الحال كما امتنع المكاتب من اداء بدل الكتابة (يرد (١) فى الرق) بالتراضى أو بقضاء القاضى بخلاف السلم (قال) أى القدورىّ (و تجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع و الشراء لتحقق الإيجاب و القبول إذ العاقل من أهل القبول و التصرف نافع فى حقه) أراد من قوله يعقل يعلم أن الشراء جالب و البيع سالب و معرفة ذلك أن الصبى إذا أعطى فلوساً و أخذ الحلو ثم أخذ يبكى و يقول أعطنى فلوسى فهو علامة كونه غير عاقل و إن أخذ الحلو و لم يسترد فلوسه فهو عاقل كذا نقل عن السلف قال تاج الشريعةّ و فى شرح (٢) الطحاوى و إن كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فإنه يجوز و يتوقف على إدراكه فان أدى هذا القابل عتق و القياس أن يكون له استرداده و هو قول زفر رحمه الله تعالى و فى الاستحسان ليس له ذلك (و الشافعى رحمه الله تعالى يخالفنا فيه) أى فى الحكم المذكور و فى بعض النسخ يخالفنا فى ذلك (و هو) أى هذا الخلاف منه (بناء على مسألة إذن الصبى فى التجارة) فانه لا يجوز عنده لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الإذن

(١)يرد فى الرق الخ. و فى الشامية: و إن قال أى المكاتب أخرنى و له مال حاضر أو غائب يرجى قدومه أخر يومين أو ثلاثة. (٢)و فى شرح الطحاوى الخ. و فى البدائع: فلو كان لا يعقل أو مجنونا فادى عنه رجل فقبل المولى لا يعتق و استرد ما أدى و لو قبل عنه رجل الكتابة و رضى به المولى لم يجز أيضاً و هل تتوقف على إجازة العبد بعد البلوغ؟ الصحيح لا تتوقف إذ لا مجيز له وقت التصرف و الصغير ليس من أهل الاجازة بخلاف الكبير الغائب لو قبل عنه فضولى تتوقف على إجازة العبد فلو أدى القابل عن الصغير أى العاقل إلى المولى عتق استحسانا و كذا إذا كان كبيرا غائبا و لا يسترد المؤدى فان أدى البعض استرده إلا إذا بلغ العبد فاجاز قبل أن يسترد فليس للقابل الاسترداد و إن عجز العبد عن أداء الباقى لأن المكاتبة لا تنفسخ بالرد إلى الرق بل تنتهى فكان العقد قائما فيما أدى اهـ ملخصا.

و هذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع و الشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق و يسترد ما دفع قال و من قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها إليّ نجوما أول النجم كذا و آخره كذا فإذا أديتها فأنت حر و إن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة و لو قال إذا أديت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان رحمه الله تعالى لأن التنجيم يدل على الوجوب و ذلك بالكتابة

---

له و عندنا يجوز لأنه من أهل التصرف إذا عقل العقد و نقصان رأيه ينجبر برأى المولى و التصرف نافع فيصح الإذن (و هذا) أى هذا الذى ذكرناه (بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع و الشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد) لأن العقد لا ينعقد بدون القبول (حتى لو أدى عنه غيره لايعتق) لأن أداء البدل إنما يتصور فى عقد منعقد لا فى عقد باطل (و يسترد ما دفع) من المال لأنه أداء بسبب باطل (قال و من قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها إليّ نجوماً أول النجم كذا و آخره كذا فإذا أديتها فأنت حر و إن عجزت فأنت رقيق فان هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة) هذه من مسائل الجامع الصغير و صورتها فيه محمدٌ عن يعقوبٌ عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى رجل قال لعبده الى آخره و قوله لأنه أى لأن المولى و فى الكافى صح استحساناً و القياس أن لا يصح لأن ذكر النجوم فضل فى الكتابة عندنا فيجعل وجود ذكرها كعدمها فبقى قوله جعلت عليك ألفا على أن تؤديها إليّ و هو بظاهره ضريبة و قوله ان أديتها فأنت حر تعليق وجه الاستحسان أن العبرة فى العقود للمعانى ألا ترى أن المضاربة بشرط الربح كله لرب المال بضاعة و بشرطه للمضارب إقراض و قد وجد معنى الكتابة هنا لأن معنى الكتابة سنة و عادة هذا و عند الإطلاق يصح فعند التفسير أولى و لا بد من قوله فإذا أديتها فأنت حر بخلاف قوله كاتبتك على كذا حيث لا يحتاج عندنا الى ذكره لأن قوله جعلت عليك ألفا على أن تؤديها كما يحتمل معنى الكتابة يحتمل معنى الضريبة فلا يتعين الكتابة الا بقوله فإذا أديتها فأنت حر بخلاف قوله كاتبتك فان الاحتمال منعدم ههنا و أما قوله إن عجزت فأنت رقيق فضل غير محتاج اليه هنا و لا فى قوله كاتبتك و انما ذكره للتفسير و الحث على أداء المال عند النجوم (و لو قال إذا أديت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة فى رواية أبى سليمانٌ لأن التنجيم يدل على الوجوب) لأنه يستعمل للتيسير (و ذلك بالكتابة) أى وجوب الدين للمولى على العبد لا يكون إلا بعقد الكتابة و أبوسليمانٌ هذا اسمه موسى بن سليمان الجوزجانى صاحب الإمام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى

و في نسخ أبي حفص رحمه الله تعالى لا تكون مكاتبة اعتباراً بالتعليق بالاداء مرة قال و إذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى و لم يخرج عن ملكه أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة و هو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة و هو أداء البدل فيملك البيع و الشراء و الخروج إلى السفر و إن نهاه المولى

و كانت وفاته بعد المائتين من الهجرة و نسبته الى جوزجان مدينة بخراسان مما يلي بلخ (و في نسخ أبي حفص رحمه الله تعالى لا تكون مكاتبة) قيل أي و في روايته لا تكون مكاتبة قال فخر الإسلام في مبسوطه و هو الأصح (اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة) يعني إذا قال إن أديت إليّ ألفاً لا تكون كتابة و يكون تعليق الحرية بالشرط و لا يلزم قبول العبد و التنجيم لا يدل على الكتابة لصحتها بدونه كما في الكتابة الحالة و التفاوت بين رواية أبي حفص رحمه الله تعالى و أبي سليمان رحمه الله تعالى أن العبد إذا أدى الألف مرة لا يعتق على رواية أبي حفص لأن الشرط أن يؤدى كل شهر مائة و على الرواية الأخرى يعتق لأنه أدى بدل الكتابة و أبو حفص هذا هو أبو حفص الكبير الإمام المشهور من أصحاب محمد بن الحسن رحمه الله تعالى و إسمه أحمد بن حفص و كانت وفاته سنة أربع و ستين و مائتين (قال) أي القدوري (و إذا صحت الكتابة) بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضى (خرج المكاتب عن يد المولى و لم يخرج عن ملكه) احترز به عن قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه فعنده يعتقق بمجرد العقد كما ذكرنا (أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة و هو الضم) كما ذكرنا في أول الكتاب أنه مشتق من الكتب بمعنى الضم يقال كتبت البغلة إذا ضممت بين شفريها بحلقة (فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) أي مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء فان قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما و مالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه و لهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش و لو وطيء المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة و هو أداء البدل فيملك) أي المكاتب (البيع و الشراء و الخروج الى السفر و ان نهاه المولى) أي عن السفر و سواء كان السفر طويلا أو قصيراً و به (١) قال أحمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و قال في قول آخر لا يخرج الى السفر

(١)و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى ص٣٧٥ج١٢. المكاتب لا يمنع من السفر قريبا كان أو بعيدا و هذا قول الشعبي و النخعي و سعيد بن جبير و الثوري و الحسن بن صالح رحمهم الله تعالى.

**و أما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا و لأنه عقد معاوضة و مبناه على المساواة و ينعدم ذلك بتنجز العتق و يتحقق بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية و يثبت له فى الذمة حق من وجه فإن أعتقه عتق باعتاقه لأنه مالك لرقبته و يسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بحصول العتق له و قد حصل دونه قال و إذا وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا**

---

بغير إذن السيد و به قال مالك رحمه الله تعالى و فصل بعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى فقال ان كان السفر طويلا لا يخرج بغير إذنه و ان كان قصيراً يخرج (و أما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله عليه الصلاة و السلام المكاتب عبد ما بقى عليه درهم و لو قال فلما ذكرنا كان أحسن لأنه ذكر الحديث و ما رواه اللهم إن كان قد رواه فى غير هذا الكتاب فيصدق عليه أنه رواه (و لأنه عقد معاوضة) أى و لأن عقد الكتابة عقد معاوضة كما مر (و مبناه على المساواة) أى مبنى عقد المعاوضة على التساوى (و ينعدم ذلك) أى المساواة على تأويل التساوى (بتنجز العتق و يتحقق بتأخره) أى يتحقق المساواة بتأخر العتق (لأنه يثبت له) أى للعبد الذى كوتب (نوع مالكية) و هو مالكية اليد (و يثبت له فى الذمة) أى يثبت للمولى فى ذمة المكاتب (حق من وجه) و هو أصل البدل و إنما كان حقا من وجه لضعفه فإنه ثابت فى الذمة مع المنافى إذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً و لهذا لا تصح به الكفالة و لو ثبت العتق ناجزاً كما قال به ابن عباس رضى الله تعالى عنه على ما مرفاتت المساواة لا يقال المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضاً لأن نوع المالكية ثابت له من كل وجه و الحق الثابت عليه من وجه فأين المساواة لأن نوع مالكيته أيضاً ضعيف لبطلانه بعوده رقيقاً (فإن أعتقه) أى فإن أعتق المولى المكاتب بأن نجز عتقه (عتق باعتاقه لأنه) أى المولى (مالك لرقبته و يسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه) أى لأن المكاتب ما التزم بدل الكتابة (إلا مقابلاً) بفتح الباء (بحصول العتق به) أى ببدل الكتابة (و قد حصل دونه) أى حصل العتق دون بدل الكتابة (قال) أى القدورى (و إذا وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى لا عقر عليه و قال أحمد إن شرط عليها الوطء لا عقر عليه و إلا يجب و يؤدب لأنه وطىء حرام و عن الحسن البصرى قال يجب الحد لأنه وطىء فى غير ملكه و عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى إذا شرط وطأها تفسد الكتابة و عند مالك رحمه الله تعالى يفسد الشرط و يصح العقد و عند أحمد يصح كلاهما (لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا

إلى المقصود بالكتابة و هو الوصول إلى البدل من جانبه و إلى الحرية من جانبها بناء عليه و منافع البضع ملحقة بالأجزاء و الأعيان و إن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية لما بينا و إن أتلف مالاً لها غرم لأن المولى كالأجنبى فى حق أكسابها و نفسها إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد.

## فصل فى الكتابة الفاسدة

قال و إذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة

---

إلى المقصود بالكتابة و هو الوصول إلى البدل من جانبه و إلى الحرية من جانبها بناء عليه) أى على الوصول إلى البدل من جانبه (و منافع البضع ملحقة بالأجزاء و الأعيان) حيث قابلها الشرع بالأعيان قال الله تعالى ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ و لهذا لو استحقت الجارية يغرم للمشترى من العقر و قيمة الولد دون المنفعة فعلم أن الوطء فى حكم جزء العين و لو كان فى حكم المنفعة لما غرم فإن قلت إذا اشترى جارية ثيبة فوطئها ثم باعها مرابحة ليس عليه أن يبين أنه وطئها و إذا لحقت بالأعيان لوجب البيان قلت لا يجب لأنه لا يقابله شيء من الثمن (و إن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) هذا لفظ القدورىّ أى و إن جنى المولى على المكاتبة أو جنى على ولدها لزمته الجناية كما لزمه أرش الجناية على العبد المرهون و فى الكفاية لشمس الأئمة البيهقىّ جناية المولى على مكاتبه عمداً لا توجب القود لأجل الشبهة و لو قتل المكاتب مولاه عمدا يجب القود (لما بينا) أشار إلى قوله لأنها صارت أخص بأجزائها (و إن أتلف مالاً لها) أى و إن أتلف المولى مالا للمكاتبة (غرم لأن المولى كالأجنبى فى حق أكسابها و نفسها) و فى بعض النسخ فى حق أكسابه و نفسه (إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى) أى على تأويل أنه ملكه (فيمتنع حصول الغرض المبتغى) أى المطلوب (بالعقد) هو حصول الحرية لها و المال له.

## (فصل فى الكتابة (١) الفاسدة)

وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يحتاج إلى دليل (قال) أى القدورىّ (و إذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته) أى على قيمة نفس العبد مثل أن يقول كاتبتك على قيمتك (فالكتابة فاسدة) بلا خلاف للثلاثة رحمهم الله تعالى و كذا إذا كان المولى ذمياً و العبد مسلماً

---

(١) الكتابة الفاسدة. و فى تكملة الطورى عن شرح الطحاوى: و الفرق بين الكتابة الجائزة و الفاسدة أن فى الفاسدة للمولى أن يرده إلى الرق و يفسخ الكتابة بغير رضاه و فى الجائزة لا يفسخ إلا برضا العبد و للعبد أن يفسخ فى الجائزة و الفاسدة جميعا بغير رضا المولى.

**أما الأول فلأن الخمر و الخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد و أما الثاني فلأن قيمته (١) مجهولة قدراً و جنساً و وصفاً فتفاحشت الجهالة و صار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة و لأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة قال فإن أدى الخمر عتق**

لا يجوز كتابته على خمر أو خنزير (أما الاول) و هو ما إذا كاتبه على خمر أو خنزير (فلأن الخمر و الخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه) يعني ليس بمال متقوم في حق المسلم (فلا يصلح بدلا فيفسد العقد) لأنه صار عقداً بلا بدل (و أما الثاني) و هو ما إذا كاتبه على قيمة العبد (فلأن القيمة) أي قيمة العبد (مجهولة قدراً) أي من حيث القدر يعني مائة أو مائتين (و جنساً) أي من حيث الجنس يعني ذهباً أو فضة (و وصفاً) أي من حيث الوصف يعني جيداً أو رديئاً (فتفاحشت الجهالة و صار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة) بأن قال كاتبتك على ثوب و لم يبين جنسه أو قال كاتبتك على دابة و لم يبين جنسها فإنها تفسد لفحش الجهالة الأصل أن ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الكتابة لأنها مبادلة مال بما ليس بمال إذ البدل في الحال مقابل بفك الحجر و هو ليس بمال فصار كالنكاح فإن قلت لو كاتبه على عبد يصح و به قال مالك رحمه الله تعالى خلافاً للشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و يجب عليه عبد وسط أو قيمته حتى لو أتى بالعبد الوسط أو قيمته يجبر المولى على القبول و لو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك قلت القيمة فيما نحن بصدده تجب قصداً لا حكماً لمكان التصريح بالقيمة و يجب ثمة حكماً لا قصداً لأنه تصريح بالعبد و قد يثبت الشيء حكماً و ضمناً لغيره و إن كان لا يثبت قصداً كبيع الأجنبية و نحوها فإن قلت لما لا تجعل قوله كاتبتك على ثوب كناية عن قوله إن أديت إليّ ثوبا فأنت حر فإن في هذه الصورة يعتق بأداء أيّ ثوب كان قلت لا يمكنه ذلك لأن الكتابة متى صحت كان حكمه تعلق العتق بثوب معين وههنا الثوب مجهول فلا يمكن أن يجعل كناية عنه (و لأنه تنصيص) تعليل آخر أي و لأن قوله كاتبتك على قيمتك تنصيص (على ما هو موجب العقد الفاسد) أي القيمة أراد أن العقد الفاسد يوجب القيمة و هو معنى قوله (لأنه) أي لأن العقد الفاسد (موجب للقيمة) فالتنصيص على قيمة العبد تنصيص على موجب العقد الفاسد و لو نص على العقد الفاسد ينعقد بوصف الفساد فكذا إذا نص على موجبه (قال) أي القدوريّ (فإن أدى الخمر عتق) و هذا

(١)قيمته. ن. القيمة.

و قال زفر رحمه الله تعالى لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر لأن البدل هو القيمة و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة

---

الذى ذكره ظاهر الرواية عن أصحابنا و عليه نص الحاكم في الكافي و قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في كتابه العيون رجل كاتب عبدا على خمر فالكتابة فاسدة فان أدى القيمة عتق و إن أدى الخمر لا يعتق و هذا قول زفر و قال أبو يوسف أيهما أدى عتق و روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يعتق بأداء الخمر إلا أن يقول إن أديت فأنت حر فانه يعتق و عليه قيمة نفسه قال الفقيه هذا كله خلاف رواية المبسوط فان في رواية المبسوط لا يعتق بأداء القيمة و يعتق بأداء الخمر و إن لم يقل المولى إذا أديت إلىّ فأنت حر فعليه قيمته انتهى و في المبسوط (١) فان أداه قبل أن يترافعا إلى القاضي و قد كان قال له أنت حر إذا أديته أو لم يقل فانه يعتق لأن هذا العقد منعقد مع فساده فيعتق بالأداء و عليه قيمة نفسه لأن العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لأجل الفساد و قد تعذر رده بنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته كالمشترى شراء فاسداً إذا عتق المبيع قبل القبض.(و قال زفر رحمه الله تعالى لا يعتق) يعنى و إن أدى الخمر (إلا بأداء قيمة الخمر لأن البدل هو القيمة) يعنى في الكتابة الفاسدة كما في البيع الفاسد و قد وقع هكذا في بعض النسخ إلا بأداء قيمة الخمر قال في الكافي هذا مشكل قلت لأنه مخالف لعامة الروايات فان عند زفر رحمه الله تعالى لا يعتق إلا بأداء القيمة محلاة بالألف و اللام بدون إضافته و فيه أيضاً إجمال و قال الكاكي النسخة الصحيحة لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه كما هو مذكور في عامة النسخ قلت هذا دعوى منه بل غالب النسخ لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر و لهذا لما قال صاحب الكافي و هذا مشكل سكت و لم يقل النسخة الصحيحة كذا و كذا ذكره تاج الشريعة في الكفاية حيث قال قوله لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر و ذكر في المبسوط قيمة نفسه مكان قيمة الخمر و في مبسوط خواهر زاده و إذا وكل رجل رجلاً بأن يعتق عبده على جعل فأعتقه على خمر أو خنزير جاز و على العبد قيمة نفسه (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة) قال السغناقي هذا الحكم الذى ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى على ما ذكره في المبسوط و الذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف و أن لا يذكر بكلمة عن و قال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت صحيح إن كان الألف و اللام في القيمة أعنى في قوله و يعتق باداء القيمة أيضاً بدلاً عن نفسه و أما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز

---

(١) المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى ص ٢١٤ ج ٧.

و يعتق بأداء القيمة أيضاً لأنه هو البدل معنى و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة و صار كما إذا كاتب على ميتة أو دم و لا فصل في ظاهر الرواية و وجه الفرق بينهما

---

أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسفؒ قلت (١) سواء جعل الألف و اللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم و ما قاله السغناقيؒ باق و الشراح ما جعلوا الألف و اللام في القيمة إلا بدلاً عن نفسه كما صرح بذلك تاج الشريعةؒ وغيره و الحاصل أن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أيهما أدى المشروط أو قيمة نفسه يعتق و عندهما إنما يعتق بأداء المشروط إذا قال إن أديتها فأنت حر لأن العتق يكون بالشرط حينئذ و صار كما لو كانت على ميتة أو دم فانه لا يعتق إلا إذا نص على الشرط و في ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر صرح بذكر الشرط أو لم يصرح على ما يجيء الآن (و يعتق بأداء القيمة أيضاً) أي قيمة نفسه قاله تاج الشريعة وغيره كما ذكرنا (لأنه هو البدل معنى) أي لأن أداء قيمة نفسه هو البدل من حيث المعنى (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر) فحينئذ يعتق و عليه قيمة نفسه لأن العقد الفاسد إذا تلف فيه المعقود عليه وجب فيه القيمة كالمبيع إذا تلف في البيع الفاسد في يد المشتري (لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط) أي بحصول شرط تعلق به العتق (لا بعقد الكتابة و صار كما إذا كاتب على ميتة أو دم) حيث لا يعتق بتسليم عينهما إلا إذا قال المولى إن أديت الميتة أو الدم إليّ فأنت حر أما إذا لم يقل فلا يعتق بأدائهما لأن العتق لم ينعقد أصلا فيعتبر فيه التعليق (و لا فصل في ظاهر الرواية) يعني يعتق بأداء الخمر سواء كان قال في العقد إن أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك.(و وجه الفرق) أي في ظاهر الرواية (بينهما) أي

---

(١) قلت الخ. قال قاضي زادهؒ في النتائج: أقول ما قاله الشارح العينيؒ ليس بشيء أما أولاً فلأن ظاهر الرواية إنما هو عتقه باداء الخمر و باداء قيمة نفسه و المروى عن ابي يوسفؒ ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف و اللام في القيمة بدلا عن الخمر إنما يكون عتقه باداء عين الخمر و باداء قيمة الخمر و هذا غير ظاهر الرواية قطعا إذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزئين و هو عتقه باداء عين الخمر إتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر و هو عتقه باداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية و عتقه باداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى فقوله سواء جعل الألف و اللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض و أما ثانيا فلأن صاحب غاية البيان من الشراح جعل الألف و اللام في القيمة بدلا عن الخمر و أشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله و أما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العينيؒ و الشراح ما جعلوا الالف و اللام في القيمة إلا بدلا عن نفسه إن أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح و إلا فليس بمفيد.

و بين الميتة أن الخمر و الخنزير مال فى الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيهما و موجبه العتق عند أداء العوض المشروط و أما الميتة فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط و ذلك بالتنصيص عليه و إذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد و قد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد إذا تلف المبيع قال و لا ينقص عن المسمى و يزاد عليه لأنه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد و هذا لأن المولى ما رضي بالنقصان

بين الخمر و الخنزير (و بين الميتة أن الخمر و الخنزير مال فى الجملة) و ان لم يكن متقوماً فى حق المسلم (فأمكن اعتبار معني العقد فيهما) باعتبار المالية و معنى العقد هو المعاوضة (و موجبه العتق) أي موجب معنى العقد هو العتق (عند أداء العوض المشروط و أما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط و ذلك) أى اعتبار معنى الشرط (بالتنصيص عليه) أى على الشرط و هو أداء الميتة (و إذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد) و موجب العقد الفاسد رد المعقود عليه (و قد تعذر) أى رد الرقبة (بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد إذا تلف المبيع) فى يد المشترى بعد القبض فيجب القيمة (قال) أى القدورىّ (و لا (١) ينقص عن المسمى) أى لا ينقص القيمة عن المسمى (و يزاد عليه لأنه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة) أى حال كونها بالغة (ما بلغت كما فى البيع الفاسد) إذا تلف المبيع حيث تجب قيمة المبيع لتعذر رده (و هذا (٢)) أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لأن (٣) المولى ما رضي بالنقصان) أى عن المسمى حيث أوجب العقد فيه و ان كانت

(١)و لا ينقص الخ. قال الزاهدىّ فى شرحه فان قلت قوله و لم ينقص من المسمى و يزاد عليه لا يتصور فى الكتابة بالقيمة و لا بالخمر و الخنزير لأنه لا يجب المسمى فلا يتصور النقصان و الزيادة عليه قلت قد تأملت فى الجواب عنه زمانا و فتشت الشروح و باحثت الاصحاب فلم يغنني ذلك منه شيئا حتى ظفرت بما ظفر الامام ركن الأئمة الصباغىّ فى شرحه فقال و هذا إذا سمى مالا و فسدت الكتابة بوجه من الوجوه لا ينقص من المسمى و يزاد عليه و الحاصل أن هذه الصورة مستأنفة غير متصلة بالاول و هذا كمن كاتب عبده على ألف و رطل من خمر فإذا أدى ذلك عتق عليه سواء قال إذا أديت إلىّ ألفاً فانت حر أو لم يقل و تجب عليه الزيادة إن كانت القيمة أكثر و إن كانت قيمته أقل من الالف لا يسترد الفضل عندنا اه كذا فى الشامية. (٢)و هذا أى ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى و الزيادة عليه كذا فى النتائج. (٣)لأن المولى الخ. هذا دليل شاف مفيد لتمام المدعى و هو أن لا ينقص القيمة عن المسمى و يزاد عليه إلا أن قوله لأنه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد يرى مستدركا ههنا لأنه صار مستغنى.

**و العبد رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه فى العتق أصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت و فيما إذا كاتبه على قيمته**

---

القيمة أقل فان قلت ينبغي أن لا يعتبر رضى المولى فى النقصان كما فى البيع الفاسد حيث ينقص عن المسمى و يزاد عليه قلت حقيقة المبادلة موجودة ثمة لأن البائع يصل إليه عوض حقه بالتمام و الواجب هو القيمة و إنما يصار إلى المسمى عند صحة التسمية أما هنا فالمولى محسن لأنه يبيع ماله بماله ﴿و ما على المحسنين من سبيل﴾ و إنه إنما رضى بزوال ملكه بقدر ما سمى فلا يجوز النقصان عنه (و العبد رضى بالزيادة) على المسمى (كيلا يبطل حقه) أى حق العبد (فى العتق أصلا) لأنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية فان قلت هذا الإبطال إذا لم يعتق بأداء غير الخمر أما إذا عتق فلا يلزم هذا قلت يحتمل أن القاضى يرى صحة ما روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا كاتبه على خمر و لم يقل إن أديتها فأنت حر فأدى الخمر لا يعتق فلو قضى بتلك الرواية يبطل حقه فى العتق فان قلت إذا لم يعتق لا يجب عليه السعاية أيضاً فلا يتأتى القول بالزيادة و النقصان قلت يحتمل أن المصنف رحمه الله تعالى اختار فى إتمام التسمية غير ظاهر الرواية قال السغناقىؒ قوله كيلا يبطل حقه فى العتق لا يصلح تعليلا لقوله و العبد رضى بالزيادة لأنه يمكن أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى و ان بطل حقه فى العتق لأن ذلك نفع مشوب بالضرر لأن تحمل الزيادة أضر عليه من العتق و كم من عبد لا يرضى بنفس العتق من غير بدل فى وقت عزة الطعام فالأولى أن لا يرضى عند إيجاب الزيادة على المسمى والأولى فى التعليل أن يقال لما عقد مع مولاه عقد الكتابة الفاسدة و أقدم عليه باختياره و رضاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت إذ قيمة نفسه قد تربو على المسمى قلت هذا الذى ذكره معارض بالمثل لأنه يمكن أن يكون العبد راضياً بالزيادة على المسمى و إن حصل له ضرر فى الزيادة لاستشرافه شرف الحرية و كم من عبد لا يرضى بالرق الا على الاضطرار و كان عرضه حصول الحرية و لو كان فى وقت عزة الطعام بل هذا هو الغالب فى العبيد لأن جل مقصودهم خلاصهم عن اسر الرق و تولى أمور أنفسهم فالمصنفؒ ذكر هذا بناء على الغالب و المغلوب فى مقابلة الغالب كحكم العدم و دعوى الأولوية فى التعليل الذى ذكره لا برهان له فيها لأن إقدامه على عقد هذه الكتابة الفاسدة ربما يكون عن جهل معتقداً أنها صحيحة إذ لو علم حقيقتها ما أقدم عليها لأن حال المسلم ينافى ذلك (فتجب القيمة بالغة ما بلغت) أى فتجب قيمة العبد حال كونها بالغة ما بلغت و ما بلغت فى محل النصب باسم الفاعل (و فيما إذا كاتبه على قيمته) هذا راجع إلى قوله فى أول

**يعتق بأداء القيمة لأنه هو البدل و أمكن اعتبار معنى العقد فيه و أثر الجهالة في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته**

---

الفصل أو على قيمته أى في الصورة التى قال فيها كاتبتك على قيمة نفسك (يعتق بأداء القيمة لأنه هو البدل) أى لأن القيمة هو العوض إنما ذكر الضمير إما باعتبار المذكور و إما بتذكير الخبر و لم يذكر بما ذا تعرف القيمة و في الذخيرة و مبسوط شيخ الإسلام و قيمته تعرف إما بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما و إما بتقويم المقومين فإن اتفق الاثنان منهم على شئ جعل ذلك قيمة له و إن اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين (و أمكن اعتبار معنى العقد فيه) أى أمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في أداء القيمة بأن أدى مالاً يختلف المقومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين و الآخر بخمسة و ثلاثين و الآخر بأربعين فلما لم يجاوز أحدهم من أربعين و قد أدى أربعين يكون مؤدياً قيمتها (و أثر الجهالة في الفساد) هذا جواب عما يقال القيمة مجهولة فكان الواجب أن يفيد البطلان و لا يعتق بأداء القيمة فقال و أثر الجهالة أى جهالة القيمة في الفساد أى فساد العقد لا في بطلانه كما في البيع فإنها تفسده لا تبطله (بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب) هذا أيضاً جواب عما يقال الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغى أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة فقال بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب (حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه) أى في الثوب (على مراد العاقد) لأنه لا يزيل ملكه بأىّ ثوب كان بل بثوب معين و لا يدرى أن هذا المؤدى هو ذلك المعين أم لا (لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته) أى بدون إرادة المولى أراد أن المتعين ينبغى أن يكون مراداً له حتى يثبت العتق و الإطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته بخلاف القيمة فانها و إن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فإن قلت فإن أدى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أولاً قلت ذكر في الذخيرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى أن المسمى متى كان مجهول القدر و الجنس فانه لا يعتق العبد بأداء القيمة و لا تنعقد هذه الكتابة أصلا على المسمى و لا على القيمة فان قلت ينبغى أن يعتق باداء ثوب اعتباراً لجهة التعليق إذ الكتابة تضمنت المعاوضة و التعليق فإذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب بقى معنى التعليق فيعتق كما لو قال إن أديت إلىّ ثوبا فأىّ ثوب أدعى عتق كذلك ههنا قلت التعليق في ضمن المعاوضة فإذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة الأخرى أيضاً لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن

قال و كذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لأنه لا يقدر على تسليمه و مراده شيء يتعين بالتعين حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدرهم و هي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواه الحسن رحمه الله تعالى أنه يجوز حتى إذا ملكه و سلمه يعتق فإن (١) عجز يرد في الرق لأن المسمى مال و القدرة على التسليم موهومة فأشبه الصداق قلنا إن العين في المعاوضات

---

(قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و كذلك إن كاتبه على شيء بعينه) كالثوب و العبد (لغيره) أي حال كون الشيء لغير العبد لا يقال قوله شيء نكرة فلا يقع ذا الحال لأنا نقول انه تخصيص بالصفة أعني قوله بعينه فان تقديره على شيء معين (لم يجز) أي عقد هذه الكتابة (لأنه لا يقدر على تسليمه) أي لأن العبد لا يقدر على تسليم ذلك الشيء إلى مولاه و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز و يشتريه و يؤديه و إن لم يبعه الغير يؤدي قيمته (و مراده) اي مراد محمد رحمه الله تعالى من قوله على شيء بعينه (شيء يتعين بالتعين كالعبد و الثوب و غيرهما من المكيل و الموزون (حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدرهم و هي لغيره) أي و الحال أن هذه الألف لغير العبد (جاز) أي عقد الكتابة (لأنها) أي لأن الدراهم و كذا الدنانير (لا تتعين في المعاوضات فيتعلق) أي العقد (بدراهم دين في الذمة فيجوز) و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز هذا أيضاً لتعين الدراهم و الدنانير عندهما (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواه الحسن رحمه الله تعالى أنه يجوز حتى إذا ملكه و سلمه يعتق) أي حتى إذا ملك العبد ذلك العين و سلمه إلى المولى يعتق العبد و قال أشهب المالكي إذا ملكه قبل الفسخ و سلمه جاز (و إن عجز) أي و إن عجز العبد عن تسليم العين المذكورة إلى مولاه (يرد في الرق لأن المسمى مال و القدرة على التسليم موهومة) أي قدرة العبد على تسليم العين إلى مولاه بما يحدث له فيه من الملك موهومة (فأشبه الصداق) أي أشبه بدل الكتابة من مال الغير صداق المرأة من مال الغير بأن يتزوجها على عبد الغير فان التسمية صحيحة فكذا حتى لو لم يجز المالك في النكاح رجعت المرأة على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل و لو كانت التسمية فاسدة لرجعت بمهر المثل و الجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال (قلنا إن العين في المعاوضات) هذا إشارة إلى بيان وجه الظاهر و هو أن العين في المعاوضات و أراد

---

(١) فان. ن. و إن.

معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله تعالى أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب و الجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب و هو المقصود

---

بالعين بدل الكتابة (معقود عليه و القدرة على المعقود عليه شرط للصحة) أي لصحة العقد و لهذا لم يجز بيع الآبق (إذا كان العقد يحتمل الفسخ) و الكتابة تحتمل الفسخ فيشترط القدرة على المعقود عليه (كما في البيع) فانه يحتمل الفسخ فيشترط فيه القدرة على المعقود عليه فان قلت البدل في الكتابة له حكم الثمن بدليل جواز الكتابة الحالة و الثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطاً قلت هذا إذا كان من النقود و ليس الكلام فيه و إنما كلامنا في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (بخلاف الصداق في النكاح) هذا جواب عن قوله فأشبه الصداق و ذلك (لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح) و هو منافع البضع أو التوالد و التناسل (ليس بشرط) حتى لو تزوج رضيعة يجوز (فعلى ما هو تابع فيه أولى) أي فالقدرة على ما هو تابع في النكاح و هو الصداق أولى بعدم الاشتراط ألاترى أن النكاح بدون ذكر الصداق يصح و الكتابة بدون ذكر البدل لا يصح فوضح الفرق (فلو أجاز صاحب العين ذلك) أراد في قوله و كذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز أي لو أجاز مالك العين ذلك يعني ما قاله المولى لعبده (فعن محمد رحمه الله تعالى أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة) بأن اشترى شيئاًبمال الغير فأجازه الغير يجوز مع أنه مبني على المضايقة و المماكسة (فالكتابة أولى) بالجواز لأن مبناها على المسامحة و المساهلة و قيل لأنها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز) أي و إن أجاز صاحب العبد و هذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى (اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب) أي الجامع الصغير أشار به إلى قوله و كذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجزم لأنه أطلق فكان شاملا للاجازة و عدم الاجازة (و الجامع) أي المعنى الجامع بين ما أجازه الملك و بين ما لم يجزه (أنه) أي عقد الكتابة (لا يفيد ملك المكاسب و هو المقصود) أي و الحال أن ملك المكاسب هو

لأنها (١) تثبت للحاجة إلى الأداء منها و لا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً و المسألة فيه على ما بيناه و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه و عند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح و الجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً و لو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواه أبو يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا أداه لا يعتق

---

المقصود في الحال فان قلت المقصود من عقد الكتابة هو الحرية قلت موجب الشيء ما يكون عقيب ذلك الشيء و ما يعقب الكتابة هو فك الحجر و ملك المكاسب و أما الحرية فعند انقضاء عقد المكاتبة لا عقيبه فيكون الموجب هو ملك المكاسب (لأنه) أي لأن ملك المكاسب و في بعض النسخ لأنّها أي لأن المكاسب لكن على تقدير مضاف (يثبت للحاجة إلى الأداء منها) أي من المكاسب (و لا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً) لغيره لأن العقد لم ينعقد إذا كان البدل عيناً لغيره فلم يحتج إلى الاداء منه لأن الاحتياج إليه عند صحة العقد (و المسألة فيه) أي فرض المسألة أو وضع المسألة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً و قيد بقوله معيناً بعد قوله عيناً احترازاً من الدراهم و الدنانير المعينة فإنها و إن عينت لا تتعين عندنا فتجوز الكتابة حتى إذا كاتبه على ألف فلان هذه جازت فإن أدى تلك الألف أو ألفا أخرى عتق (على ما بيناه) أشار به إلى قوله و مراده شيء يتعين بالتعين (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) أي روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (أنه يجوز) أي أن عقد الكتابة المذكور يجوز (أجاز ذلك) أي أجاز المالك ذلك العقد (أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه) أي غير أن الشأن عند إجازة مالك الشي يجب على المكاتب تسليم عين ذلك الشيء إلى المولى (و عند عدمها يجب تسليم قيمته) أي و عند عدم إجازة مالك الشيء يجب على المكاتب تسليم قيمة ذلك الشيء (كما في النكاح) فإنه إذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه يصح العقد فإن رضى مالك العبد بدفعه إليها فبها و إلا فيجب على الزوج قيمة العبد (و الجامع بينهما) أي المعنى الجامع بين المقيس الذي هو الكتابة المذكورة و المقيس عليه الذي هو النكاح (صحة التسمية) في كل منهما (لكونه مالاً) أي لكون التسمية مالا و التذكير باعتبار المسمى (و لو ملك المكاتب ذلك العين) أراد أن مالك العين لم يجز و لكن ملك المكاتب العين بسبب من أسباب الملك (فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواه أبو يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا أداه لا يعتق) أي روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن المكاتب إذا أدى تلك العين التي ملكها لا يعتق

---

(١)لأنها تثبت. ن. لأنه يثبت.

و على هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له إذا أديت إليّ فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط و هكذا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و عنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط و لو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان و هي مسألة الكتابة على الأعيان و قد عرف ذلك في الأصل و قد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي قال و إن كاتبه على مائة

(و على هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له إذا أديت إليّ فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط) يعني يعتق عند الأداء لوجود الشرط و لا يعتق بالعقد لعدم انعقاده و هذه الرواية هي ظاهر الرواية (و هكذا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) أي و هكذا روى أيضاً عن أبي يوسف رحمه الله تعالى مثل ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يعتق إلا بالشرط و هذه رواية الحسن بن ابي مالك رحمه الله تعالى عنه و ذكر في اختلاف زفر و يعقوب رحمهما الله تعالى أن قول زفرؒ مثل ذلك (و عنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل) أي و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواه عنه صاحب الاملاء أنه يعتق بدفع العين إليّ مولاه سواء قال المولى إن أديت إلي فأنت حر أو لم يقل (لأن العقد) أي عقد الكتابة السابق (ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط) كما لو كاتبه على خمر فأدى فانه يعتق (و لو كاتبه على عين في يد المكاتب) بأن كان مأذوناً في التجارة و المراد عين معين سوي الدراهم و الدنانير فانه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد من كسبه تجوز الكتابة باتفاق الروايات ذكره شيخ الإسلامؒ في مبسوطه (ففيه (١) روايتان) أي ففي حكمه روايتان في رواية كتاب الشرب من الأصل يجوز و في رواية كتاب المكاتب من الأصل لا يجوز (و هي مسألة الكتابة على الأعيان) و هي التي ذكرت في قوله و كذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز (و قد عرف ذلك في الأصل) أي قد عرف حكم ما ذكر من الكتابة على شيء بعينه في المبسوط (و قد ذكرنا وجه الروايتين) يعني الجواز و عدم الجواز (في كفاية المنتهي) و هو كتاب صنفه المصنف رحمه الله تعالى كتاب حافل عظيم لم يقع في هذه الديار قيل إنه موجود في بلاد الهند و أحال عليه و لم يذكره هنا لطول الكلام فيه وجه رواية الجواز أنه كتابة على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز و لأن البيع يجوز باجازة مالك العين فالكتابة أولى و وجه رواية عدم الجواز أن كسب العبد وقت عقد الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله و إنه لا يجوز فكذا هذا (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن كاتبه على مائة

(١) ففيه روايتان. و في الاتقاني عن شرح الكافي و الصحيح أنه يجوز و إذا أدى يعتق كذا في الشامية.

دينار على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هي جائزة و يقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب و على قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتباً بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة و ينصرف إلى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه و هو الاصل في أبدال العقود و لهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير و إنما يستثنى قيمته و القيمة لا تصلح بدلاً فكذلك مستثنى قال و إذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحساناً و معناه أن يبين الجنس و لا يبين النوع و الصفة

---

دينار على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) قيد بقوله بغير عينه لأنه لو كان العبد معيناً يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق فكذا استثناؤه و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يجوز في المعين و غيره لأنه شرط فاسد و صفقة في صفقة (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هي جائزة و يقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب و على قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتباً بما بقي) حتى إذا كان بدل الكتابة مائة و قيمة العبد خمسين يجب على المكاتب أداء خمسين و يسقط خمسون في مقابلة العبد (لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة و ينصرف) أي العبد المطلق (إلى الوسط) و هذا بالاتفاق (فكذا يصلح مستثنى منه) أي فكذا يصلح العبد المطلق مستثنى من بدل الكتابة (و هو الأصل) أي كل ما يصلح بدلا يصلح مستثنى من البدل هو الأصل (في أبدال العقود) بفتح الهمزة جمع بدل الحاصل أن الأصل أن كل ما يصلح إيراد العقد عليه بانفراده يصح استثنائه من العقد و العبد المطلق يصح إيراد العقد عليه ابتداء ههنا فكذا استثناؤه من العقد (و لهما) أي و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أنه لا يستثنى العبد من الدنانير) هذا قول بالموجب يعني سلمنا هذا الاصل و لكن إنما يكون فيما يصح الاستثناء و ههنا ليس كذلك لأنه لا يستثنى العبد من الدنانير لاختلاف الجنس (و إنما يستثنى قيمته) أي قيمة العبد يعني إنما يصح استثناء العبد من الدنانير بحسب قيمته لا بحسب نفس العبد (و القيمة لا تصلح بدلا) لتفاحش الجهالة من حيث الجنس و القدر و الوصف (فكذلك مستثنى) أي فكذلك لا تصلح حال كونه مستثنى (قال) أي القدوري (و إذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحساناً و معناه) أي معنى قول القدوري (أن يبين الجنس) كالعبد و الفرس (و لا يبين النوع) أنه تركي أو هندي (و الصفة) أي و لا يبين الصفة انه جيد أو ردىء

و ينصرف إلي الوسط و يجبر على قبول القيمة و قد مر فى النكاح أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناساً مختلفة فتتفاحش الجهالة و إذا بين الجنس كالعبد و الوصيف فالجهالة يسيرة و مثلها يتحمل فى الكتابة

---

(و ينصرف إلى الوسط) فيجوز العقد و به قال مالك رحمه الله تعالى و إنما ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة و الدية نظراً إلى الجانبين ثم الوسط عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى العبد الذى قيمته أربعون درهماً و عندهما على قدر غلاء السعر و رخصه و لا ينظر فى قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب لأن عقد الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب (و يجبر) أى المولى (على قبول القيمة ) لأنه قضاء فى معنى الاداء على ما عرف فى الأصول لأنها أصل من حيث أن المسمى يعرف بها فيجبر على القبول (و قد مر فى النكاح) أى فى باب المهر فانه إذا تزوجها على حيوان و بين جنسه و لم يبين نوعه و صفته فانه يجوز و ينصرف إلى الوسط (أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل) أى لأن قوله دابة يشتمل (أجناساً مختلفة) مما يدب على وجه الارض (فتتفاحش الجهالة) فيفضى إلى المنازعة فلا يجوز (و إذا بين الجنس كالعبد و الوصيف) بفتح الواو و كسر الصاد على وزن فعيل اسم للغلام و الجمع وصفاء و الجارية وصيفة و جمعها وصائف هذا الذى هو ما ذكره الفقهاء و ذكر (١) فى العباب الوصيف الخادم غلاماً كان أو جارية و يقال وصف الغلام بالضم إذا بلغ الخدمة فهو وصيف و الجمع وصفاء (٢) و قال ثعلب و ربما قالوا للجارية وصيفة و الجمع الوصائف انتهى فعلى هذا الفرق الذى ذكره الفقهاء بين الوصيف للذكر و الوصيفة للانثى يكون على هذه الرواية فان قلت إن العبد إن كان يطلق على الذكر و الانثى فلا يكون فى عطف الوصيف عليه زيادة فائدة بل يكون فى معنى عطف الشيء على مثله قلت العبد فى العرف لا يطلق إلا على الذكر من الارقاء بدليل أنهم يستعملونه فى مقابلة الجارية أو الامة فالوصيف أعم فيكون من عطف العام على الخاص و إن كان ثبت إطلاقه عليهما جميعاً كالوصيف يكون العطف أيضاً صحيحاً مفيداً لفائدة و هى أن الوصيف اسم لمن يوصف بالخدمة بأن كان قادراً عليها و العبد أعم من أن يبلغ الخدمة أولى فعلى هذا يكون عطف الخاص على العام (فالجهالة يسيرة) لأنها ترجع إلى الوصف دون الذات (و مثلها يتحمل فى الكتابة) لأنها تشبه البيع من حيث أنها معاوضة ألا ترى أنها تقال و تفسخ و تشبه النكاح أيضاً من حيث أنها معاوضة مال بما ليس بمال فإذا كانت الجهالة فى أصلها منع الجواز

---

(١)ذكر فى العباب الخ. و كذا ذكر فى لسان العرب و تاج العروس و غيرهما. (٢)وصفاء كعلماء.

فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز و هو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع و لنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح و الجامع أنه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة قال و إذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه إذا كان مقداراً معلوماً و العبد كافراً

لشبه البيع و إذا كانت في الوصف لا يمنع لشبه النكاح (فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه) أى في عقد الكتابة كما لو قال كاتبتك إلى الحصاد أو الدياس أو العطاء صحت الكتابة لأن مبناها على المسامحة فإن قلت كيف جعل المصنف هھنا العبد جنساً واحداً و جعل فى الوكالة أجناساً مختلفة حتى لم يجوز التوكيل بشراء العبد قلت اللفظ إن شمل أجناساً عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة و الوكالة و النكاح و البيع و غيرها و إن شمل أجناساً سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع و الوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة و النكاح (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز) و به قال أحمد رحمه الله تعالى (و هو القياس) أى و مذهب الشافعي رحمه الله تعالى هو القياس (لأنه معاوضة) أى لأن عقد الكتابة عقد معاوضة مال بمال (فأشبه البيع) في أن تسمية البدل شرط فيها كما هى شرط فيه و البيع مع البدل المجهول أو الأجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة (و لنا أنه) أى عقد الكتابة (معاوضة مال بغير مال) أى في الابتداء لأن البدل فى الابتداء مقابل بفك الحجر و هو ليس بمال (أو بمال) أى أو معاوضة مال بمال في الانتهاء لأنه يقابل الرقبة (لكن على وجه يسقط الملك فيه) أى في المال لأن العبد لا يتملك مالية نفسه بل يسقط ملك المولى فيه (فأشبه النكاح) لأن منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال ألا ترى أن الشرع جعلها كالأعيان لكن على وجه يسقط الملك للزوج و لهذا لا يقدر على تمليكها (و الجامع) أى المعنى الجامع في كون الكتابة كالنكاح (أنه يبتنى على المسامحة) أى أن عقد الكتابة يبتنى على المسامحة كالنكاح و هذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح (بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى فأشبه البيع أشار بأن قياسه الكتابة على البيع باطل لوجود الفارق و هو ابتناء البيع على المماكسة و المضايقة و ابتناء الكتابة على المسامحة و المساهلة (قال) أى محمد رحمة الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه إذا كان مقداراً معلوماً و العبد كافراً) أى معنى الذى في الجامع الصغير إذا كان الخمر مقداراً معلوماً و أن يكون العبد أيضاً نصرانياً و لو أتى بعبارة محمد

لأنها (١) مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا و أيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر و تملكها و في التسليم ذلك إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها (٢) و هذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لأن القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف و أتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة

كما هي لما كان يحتاج إلى هذا التفسير فإنه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل نصراني كاتب عبداً له نصرانياً على أرطال خمر قال المكاتبة جائزة و لما لم يأت بهذه العبارة أشار بهذا إلى أنه لا بد من قيدين في جواز هذه الكتابة الأول أن يكون الخمر مقداراً معلوماً لأن الجهالة مانعة و الثاني أن يكون العبد كافراً لأنه إذا كان مسلماً لا يجوز و لكن مع هذا إذا أدى الخمر يعتق لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء البدل المذكور و صار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر فأدى المكاتب الخمر فانه يعتق كذا ذكره بعض المشايخ رحمهم الله تعالى كالقاضي ظهير الدين الشيرازي و نجم الدين الأفطس و الرحبي و النيسا بوري رحمهم الله تعالى في شرح الجامع الصغير و في شرح الطحاوي و التمرتاشي لو أدى الخمر لا يعتق و لو أدى القيمة يعتق (لأنه) أي الخمر (مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا و أيهما) أي أيّ من المولى و العبد (أسلم فللمولى قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر و تملكها و في التسليم ذلك) أي التمليك و التملك باعتبار كل واحد (إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته) أشار بإذ التعليلة أن الخمر في المسألة المذكورة غير معينة لأنها إذا كانت معينة فالملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة (و هذا) أي الذي ذكرناه (بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض) لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لأن قيمة المسمى لا تصلح عوضاً في البيع بحال ففسد و إنما قيد بقوله على ما قاله البعض لأن بعض المشايخ رحمهم الله تعالى قال ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة و الرواية في الكتابة رواية في البيع (لأن القيمة) أي قيمة الخمر (تصلح بدلاً في الكتابة) أي في عقد الكتابة (في الجملة) و أظهر ذلك بقوله (فانه لو كاتب على وصيف) أي عبد للخدمة (و أتى بالقيمة يجبر) أي المولى (على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة) لأن

(١) لأنها. ن. لأنه. (٢) قيمتها. ن. قيمته.

أما البيع لا ينعقد صحيحاً على القيمة فافترقا قال و إذا قبضها عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد و ذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم يجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر و لو أداها عتق و قد بيناه من قبل و الله أعلم.

## باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال و يجوز للمكاتب البيع و الشراء

البقاء أسهل من الابتداء (أما البيع لا ينعقد صحيحاً على القيمة فافترقا) أي البيع و الكتابة (قال و إذا قبضها عتق) أي إذا قبض المولى قيمة الخمر و هذا لفظ الصدر الشهيدؒ في الجامع الصغير أما لفظ محمد رحمه الله تعالى فهكذا و إذا أداها عتق (لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد و ذلك) أي سلامة العوض الآخر للعبد (بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم يجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر) لكونها غير مال متقوم في حقه فلا يصح (و لو أداها عتق) أي و لو أدى الخمر عتق أراد أن العبد المسلم إذا أدى الخمر عتق أيضاً لوجود معنى التعليق كما ذكرناه مستقصى مع الخلاف فيه (و قد بيناه من قبل والله أعلم) أشار به إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله فان أدى الخمر عتق و قال زفر رحمه الله تعالى لا يعتق و في شرح الكافي ذمي ابتاع عبداً مسلماً فكاتبه قال هو جائز و لا يرد لأن المقصود تخليصه بازالة ملكه عن المسلم و بالكتابة يحصل هذا المعنى و إن كاتبه على خمر أو خنزير لم يجز فان أدى الخمر عتق و عليه قيمته كما في البيع الفاسد.

(باب (١) ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

لما بين أحكام الكتابة بنوعيها شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله و ما لا يجوز له فان (٢) جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح (قال) أي القدوريؒ (و يجوز (٣) للمكاتب البيع و الشراء

(١)باب ما يجوز الخ. الظاهر أن اكتفاء المصنفؒ في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات و إلا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى كذا في النتائج.
(٢)فان جواز التصرف الخ. أقول لا يذهب على من له أدنى مسكة سماجة التعليل بقوله فان جواز التصرف يتبنى على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب كذا في النتائج. (٣)و يجوز للمكاتب البيع و الشراء و السفر و كذا الاجارة و الاعارة و الايداع و الاقرار بالدين و استيفائه و قبول الحوالة بدين عليه لا إن لم يكن عليه و أن يشارك عنانا لا مفاوضة لاستلزامها الكفالة و له الشفعة فيما اشتراه المولى و للمولى الشفعة فيما اشتراه المكاتب و أن يتوكل بالشراء و إن أوجب عليه =>

و السفر لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً و ذلك بمالكية التصرف مستبداً به تصرفاً يوصله إلى مقصوده و هو نيل الحرية بأداء البدل و البيع و الشراء من هذا القبيل و كذا السفر لأن التجارة ربمّا لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة و يملك البيع بالمحاباة لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يجابي في صفقة ليربح في أخرى

---

و السفر) خلافاً لمالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول (لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً و ذلك بمالكية التصرف مستبداً به) أي حال كونه مستقلا بالتصرف (تصرفاً يوصله إلى مقصوده و هو نيل الحرية بأداء البدل) أي بدل الكتابة و انتصاب تصرفاً بفعل محذوف تقديره يتصرف تصرفا (و البيع و الشراء من هذا القبيل) أي من قبيل التصرف الذي يوصل المتعاقدين إلى مقصودهما لأن مقصود البائع الوصول إلى الثمن و مقصود المشتري الوصول إلى العين و ذا لا يحصل إلا بالبيع و الشراء و كذلك ههنا مقصد السيد من العقد الوصول إلى بدل الكتابة و مقصود العبد منه الحرية و ذا يحصل بالبيع و الشراء (و كذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة) فان قلت فيه غرر و خطر قلت يبطل بالرهن و الوديعة فان فيهما ذلك و يصحان من المكاتب (و يملك البيع بالمحاباة) و هو بيع شيء يساوي مائة بتسعين مثلا و هو على وزن مفاعلة من حابى (١) يحابي و ثلاثيه حبا يقال حباه حبوة أي اعطاه و الحباء العطاء و حابيته في البيع محاباة و قال الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يملك البيع بالمحاباة لأنه تبرع كالهبة و العتق و لنا ما قاله بقوله (لأنه) أي لأن البيع بالمحاباة (من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة) واحدة إستجلابا لقلوب الناس إليه (ليربح في أخرى) أي في صفقة أخرى و هذا كما ترى لم يذكر فيه الخلاف و

---

=> ضمان الثمن للبائع و أن يأذن لعبده و أن يحط شيئا بعد البيع بعيب ادعى عليه أو يزيد في الثمن و أن يرد بالعيب و لو اشترى من مولاه إلا أنه لا يجوز له أن يرابح فيما اشتراه من مولاه إلا أن يبين و كذلك المولى فيما اشتراه منه و لا أن يبيع من مولاه درهما بدرهمين لأنه صار أحق بمكاسبه فصار كالاجنبي في المعاوضة المطلقة كذا في البدائع ملخصا و لا يرد ما مر أن له أن يكاتبه عن نفسه و ماله الذي في يده و لو أكثر من البدل لورود العقد ثمة و هو قن و إن أوصى بوصية و مات قبل الاداء لا تجوز و إن ترك وفاء و إن مات بعد الاداء فان قال إذا عتقت فثلث مالي وصية صحت إجماعا و إن أوصى بعين من ماله لا تجوز إجماعا لأنه ما أضافها إلى حاله الحرية فتعلقت بملكه في وقت لا يملك التبرع إلا إذا أجازها بعد العتق و إن أوصى بثلث ماله فعنده لا تجوز إلا أن يجيزها بعد العتق و عندهما تجوز كذا في البدائع ملخصا. (١) حابي الخ. و في تاج العروس: (حبا فلانا) حبوا و حبوة (أعطاه بلا جزاء و لا منّ أو عام) و منه حديث صلاة التسبيح ألا أمنحك ألا أحبوك (والاسم الحباء ككتاب و الحبوة مثلثة) و جعل اللحياني جميع ذلك مصادر (و) حباه يحبوه حبوا (منعه) عن ابن الاعرابي و لم يحكه غيره و منه المحاباة في البيع فهو (ضد) اه ملخصا.

**قال فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد و هو مالكية اليد على جهة الاستبداد و ثبوت الاختصاص فبطل الشرط و صح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد و بمثله لا تفسد الكتابة و هذا لأن الكتابة تشبه البيع و تشبه النكاح**

---

قال في شرح الطحاوي و لا يجوز للمكاتب البيع إلا على المعروف في قولهما و يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كيفما كان و قال القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يجوز بيع المكاتب بالقليل و الكثير و قالا بما لا يتغابن في مثله (قال) أي محمد في الجامع الصغير (فان شرط عليه) أي فان شرط المولى على المكاتب (أن لا يخرج من الكوفة) هذا ليس بقيد بل الحكم في غير الكوفة كذلك و تخصيصها بالذكر باعتبار وضع المسألة فيها (فله أن يخرج استحساناً) و به (١) قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و احمد رحمه الله تعالى و عند مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول لا يجوز له الخروج بدون الشرط فبالشرط أولى و هو القياس و أشار إلى وجه الإستحسان بقوله (لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد و هو مالكية اليد على جهة الإستبداد) أي الإستقلال يقال فلان استبد برأيه إذا انفرد (و ثبوت الاختصاص) أي اختصاص العمل بنفسه (فبطل الشرط) أي شرط المولى عدم خروجه من الكوفة (و صح العقد) أي عقد الكتابة و هذا في نفس الأمر جواب عما قيل هذا الشرط يقتضي بطلان العقد كما في البيع فقال و صح العقد (لأنه شرط) أي لأن هذا الشرط الذي شرطه المولى شرط (لم يتمكن في صلب العقد) لأن الداخل في صلب العقد ما يكون في أحد البدلين و هنا ليس كذلك لأنه لا شرط في بدل الكتابة و لا فيما يقابله (و بمثله) أي بمثل هذا الشرط (لا تفسد الكتابة) و إنما تفسد إذا تمكن الشرط في صلب العقد نحوما إذا قال كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زماناً أو كاتب جارية على ألف بشرط أن يطأها ما دامت مكاتبة و نحو ذلك (و هذا) أي هذا التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسداً و بين كون الشرط الغير المتمكن غير مفسد (لأن (٢) الكتابة تشبه البيع) من حيث أنها تحتمل الفسخ في الابتداء (و تشبه النكاح) من حيث أنها لا تحتمل الفسخ بعد تمام

---

(١) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. أقول و به قال الحسن و سعيد بن جبير و الشعبي و النخعي رحمهم الله تعالى كما في المغني ص٣٧٦ ج١٢. (٢) لأن الكتابة تشبه البيع الخ. لقائل أن يقول قد مر قبيل هذا الباب في مسألة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح و عملوا بها و ردوا على الشافعي رحمه الله تعالى قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه بالبيع أيضا و يمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الأول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة فتأمل كذا في النتائج.

**فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البدل و بالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك و هذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقاً في حق هذا الشرط و الاعتقاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال و لا يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود و التزوج**

---

المقصود بالأداء قال تاج الشريعة تشبه البيع من حيث أنها معاوضة و لا تصح بدون البدل و يحتمل الفسخ قبل الاداء و تشبه النكاح من حيث أنها معاوضة مال بغير مال (فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة) بأن قال كاتبتك على أن تخدمني مدة كما ذكرناه من قريب (لأنه في البدل) أي لأن الشرط في البدل فيكون في صلب العقد (و بالنكاح) أي ألحقناها بالنكاح (في شرط لم يتمكن في صلبه) أي في صلب العقد فيصح العقد و يبطل الشرط (هذا هو الأصل) أي العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين المتقابلين هو الأصل (أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق) لأن الاعتقاق إزالة الملك لا إلى أحد و الكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شيء و إنما يسقط عنه ملك مولاه (لأنه إسقاط الملك) أي لأن عقد الكتابة إسقاط الملك و فك الحجر و إطلاق اليد بمنزلة الإعتاق (و هذا الشرط) أي شرط عدم الخروج (يخص العبد) أي يتعلق به (فاعتبر) أي عقد الكتابة (إعتاقاً في حق هذا الشرط) أي شرط عدم الخروج (و الإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة) كما لو أعتق عبداً على أنه ساسه فان الشرط باطل و الإعتاق صحيح لقوله عليه الصلاة و السلام الولاء لمن أعتق فدل الحديث على أن الشرط الفاسد لا يبطل الاعتاق (قال) أي القدوري (و لا يتزوج إلا بإذن المولى) و به (١) قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و قال ابن أبي ليلى رحمته الله تعالى إن شرط عليه أن لا يتزوج إلا بإذنه لم يتزوج بغير إذنه و إن لم يشترط ذلك جاز له التزوج بغير إذنه لتملكه منافع نفسه (لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود) أي لأجل ضرورة التوسل إلى مقصود المولى من البدل و ذلك بقيام الملك و مقصود الكاتب و هو تحصيل الكسب للايفاء و ذلك بفك الحجر (و التزوج

---

(١) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى ص٣٧٧ ج١٢. قال الخرقي: و ليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده.اه قال الموفق: و هذا قول الحسن و مالك و الليث و ابن ابي ليلى و أبي حنيفة و الشافعي و أبي يوسف رحمهم الله تعالى و قال الحسن بن صالح رحمه الله تعالى له ذلك لأنه عقد معاوضة أشبه البيع و لنا قول النبي ﷺ "أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر" و لأن على السيد فيه ضرراً لأنه ربما عجز فيرجع إليه ناقص القيمة و يحتاج أن يؤدي المهر و النفقة من كسبه فيعجز عن تأدية نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به اه.

ليس وسيلة إليه و يجوز بإذن المولى لأن الملك له و لا يهب و لا يتصدق إلا بالشيء اليسير لأن الهبة و الصدقة تبرع و هو غير مالك ليملكه إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بداً من ضيافة و إعارة ليجتمع عليه المجاهزون و من ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته و توابعه و لا يتكفل لأنه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة و الاكتساب و لا (١) يملكه بنوعيه نفساً

---

ليس وسيلة إليه) أى إلى المقصود لأن التزوج ليس من اكتساب المال بل فيه التزام المهر و النفقة و أعاد تاج الشريعة رحمه الله تعالى الضمير فى إليه إلى الاكتساب و ليس بظاهر (و يجوز) أى التزوج (بإذن المولى لأن الملك له) أى للمولى يعنى ملك المولى قائم فيه فهو كالقن فلا يجوز له التزوج إلا بإذن المولى (و لا يهب (٢) و لا يتصدق إلا بالشيء اليسير) أى ما دون الدرهم لأنه قليل يتوسع فيه الناس قاله تاج الشريعة (لأن الهبة و الصدقة تبرع و هو غير مالك ليملكه) بتشديد اللام (إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بداً) أى مفارقة (من ضيافة) و فى بعض النسخ من إضافة فالأول من ضاف و الثاني من أضاف (و إعارة) أى اعارة شيء مثل الدار أو الثوب إستجلابا بالقلوبهم (ليجتمع عليه) أى على المكاتب (المجاهزون) و هو جمع مجاهز و هو عند العامة الغنى من التجار و كأنه أريد به المجهز و هو الذى يبعث التجار بالجهاز و هو فاخر المتاع أو يسافر به فحرف إلى المجاهز كذا قال فى المغرب أراد أن إطلاق المجاهز على الغنى لغة العامة و العرب لم تكلم به و المستعمل فى اللغة المجهز و لكنه أعم من أن يكون فى بعث التجار بالجهاز وغيره يقال جهز الجيش و جهز الغازى و الميت و غير ذلك و تجهز لسفره إذا استعد و الجهاز بفتح الجيم و كسرها جهاز العروس (و من ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته و توابعه) فالمكاتب يملك التجارة فيملك ما هو من ضرورات التجارة كالضيافة و الإعارة و الشيء اليسر من الهبة أو الصدقة (و لا يتكفل) سواء كان بأمر المكفول عنه أو بغير أمره و سواء كان بإذن مولاه أو بغير إذنه و حكم كفالته فى الحال ككفالة المحجور عليه تصح فى حقه بعد العتق لا فى الحال (لأنه تبرع محض) أى لأن التكفل تبرع خالص (فليس من ضرورات التجارة و الاكتساب فلا يملكه بنوعيه) أى لا يملك التكفل بنوعيه و هما التكفل بالنفس و التكفل بالمال و فسرها بقوله (نفساً

---

(١) و لا يملكه. ن. فلا يملكه. (٢) و لا يهب الخ. قال فى البدائع: و إذا وهب هبة أو تصدق ثم عتق ردت حيث كانت لأنه عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف و ظاهره المنع منهما و لو بإذن المولى قال أبو السعود و هو مصرح به و وجهه أن المولى لا ملك له فى كسبه كذا فى الشامية.

**و مالاً لأن كل ذلك تبرع و لا يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب فإن وهب على عوض لم يصح لأنه تبرع ابتداء فان زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل (١) تحت العقد قال و كذلك إن كاتب عبده**

---

و مالاً) و انتصابهما بتقدير أعنى (لأن كل ذلك تبرع) أى لأن كل التكفل تبرع يعنى سواء كان بالنفس أو بالمال أو بأمر المكفول عنه أو بغير أمره أما بغير الأمر فظاهر و كذا بالامر لأن الكفيل عند الاداء كالمقرض للمكفول عنه و الإقراض تبرع لأنه إعارة و كذا الكفالة بالنفس تبرع محض فان قلت بدل الكتابة مال فى ذمته و تسليم النفس لا ينافي ذلك قلت ربما يعجز عن ذلك فيحبس عليه فيمتنع من الكسب فيتضرر و فى الكافي للحاكمؒ و لا يجوز كفالة المكاتب بالمال و لا بالبدل بإذن المولى و لا بغير إذنه و كذلك قبول الحوالة فان كفل بإذن سيده ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة لأن ضمانه كان باطلا و إن أدى فعتق لزمته الكفالة لأنه كفل و هو بمنزلة العبد و لو أن عبداً محجوراً كفل بكفالته ثم عتق لزمته الكفالة و لو كان المكاتب صغيراً حين كفل لم يؤخذ بها و إن عتق لزمته الكفالة (و لا (٢) يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الإكتساب) حتى لو أقرض لا يطيب للمستقرض أكله إلا أن يكون مضموناً عليه حتى لو تصرف فيه يجوز (فان وهب على عوض لم يصح لأنه تبرع ابتداء) و التبرع غير داخل فى عقد الكتابة (فان زوج أمته جاز لأنه إكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد) أى عقد الكتابة و كذا له أن يوكل بتزويجها بخلاف ما لو زوجت المكاتبة نفسها حيث لا يجوز فان قلت فعلى التعليل المذكور ينبغى أن يجوز قلت لا لأن رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ذلك ثبوت ولاية الإستبداد لها بتزويج نفسها و لأن فيه تعييب رقبتها فان النكاح عيب فربما يعجز و يبقى هذا العيب فى ملك المولى فان قلت فعلى هذا ينبغى أن يملك المكاتب تزويج ابنته و مع هذا لا يجوز قلت نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه و أمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته و لو عجز و حاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى استبراء جديد فيها و يلزمه ذلك فى أمته و مكاتبته و لو زوج المكاتب أمته من عبده فعن أبي يوسفؒ أنه يجوز و فى ظاهر الرواية لا يجوز (قال و كذلك إن كاتب (٣) عبده) أى يجوز و به (٤) قال مالك رحمه الله تعالى و القاضي الحنبلي رحمه الله تعالى و أهل الظاهر رحمهم الله تعالى

---

(١)فدخل. ن. فيدخل. (٢)و لا يقرض الخ. و فى الشامية: و ينبغى جواز الاقراض باليسير كالهبة قهستانى بل هو أولى برجندى. (٣)إن كانت عبده الخ. و ليس للمكاتب أن يكاتب ولده و والديه لأنهم يعتقون بعتقه فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه و لأنهم دخلوا فى كتابته فلا يكاتبون ثانيا كذا فى البدائع. (٤)و به قال مالك و الثورى و الاوزاعى رحمهم الله تعالى كما فى المغنى ص٣٨٣ ج١٢.

و القياس أن لا يجوز و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لأن مآله العتق و المكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة و كالبيع و قد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه و البيع يزيله قبله و لهذا يملكه الأب و الوصي ثم هو يوجب للملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له قال فان أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك

---

(و القياس أن لا يجوز و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى) و قول (١) أحمد رحمه الله تعالى (لأن مآله العتق) أى مآل عقد الكتابة العتق (و المكاتب ليس من أهله) أى من أهل العتق (كالإعتاق على مال) أى إذا قال المكاتب لعبده أد إليّ ألفاً و أنت حر لا يجوز هذا التعليق فكذا لا يجوز له أن يكاتب عبده لأن الكتابة بالمال كالتعليق (وجه الإستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة و كالبيع و قد يكون هو) أى عقد الكتاب (أنفع له من البيع لأنه) أى لأن عقد الكتابة (لا يزيل الملك) أى ملك المولى عن العبد المكاتب (إلا بعد وصول البدل إليه و البيع يزيله قبله) أى البيع يزيل الملك قبل وصول البدل و هو الثمن إليه فلما ملك البيع فالكتابة أولى (و لهذا يملكه الاب و الوصى) أى و لأجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه يملك الأب للصغير أو وصيه أن يكاتب عبد الصغير (ثم هو يوجب للملوك) أى ثم المكاتب الأول يثبت للمكاتب الثاني (مثل ما هو ثابت له) أى مثل ملك اليد ثابت بكتابة المولى للمكاتب الاول و الأصل أن من ملك شيئاً يملك تمليكه إلى غيره كالمعير يعير و المستأجر يوجر بخلاف المودع لأن المالك لم يرض بدفعه إلى غيره (بخلاف الإعتاق على مال لأنه) أى لأن الإعتاق على مال (يوجب) أى يثبت للمكاتب (فوق ما هو ثابت له) تحريره أن الإعتاق على مال فوق الكتابة لأنه إزالة الملك في الحال على وجه لا مرد له و هذا غير ثابت للمكاتب ففي تجويزه إثبات أمر للمكاتب فوق ما هو ثابت له و ذلك لا يجوز (قال فإن أدى الثاني) أى إن أدى مكاتب المكاتب بدل كتابته (قبل أن يعتق الأول) أراد قبل أداء الأول بدل الكتابة لأنه لا يعتق إلا بالأداء (فولاؤه للمولى) أى ولاء مكاتب المكاتب يكون للمولى يعني يعتق مكاتب المكاتب لتحقق الشرط و يكون ولاؤه للمولى (لأن له فيه نوع ملك) أى لأن للمولى في المكاتب الثاني نوع ملك لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان

---

(١) و قول احمد رحمه الله تعالى. أقول و هو قول الحسن رحمه الله تعالى كما في المغني.

و يصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئاً يثبت الملك للمولى قال فلو أدى الأول بعد ذلك و عتق لا ينتقل الولاء إليه لأن المولى جعل معتقاً و الولاء لا ينتقل من (١) المعتق و إن أدى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء و هو الاصل فيثبت له قال و إن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لأن هذه الاشياء ليست من الكسب و لا من توابعه أما الاول

---

كتابة المولى للأول بمنزلة علة العلة و لهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكاً للمولى كالأول (و يصح إضافة الإعتاق إليه) أي إلى المولى (في الجملة) يقال مولى زيد و معتق زيد مجازا و إن كان معتق معتقه و لهذا يدخل في الاستئمان على مواليه و لو أوصى لموالي فلان و ليس له معتق في الاحياء و له معتق المعتق يستحق هذه الوصية هو (فإذا تعذر إضافته) أي إضافة عتق الثاني (إلى مباشر العقد) و هو المكاتب الأول الذي هو العلة (لعدم الأهلية) أي لعدم أهلية مباشر العقد لكونه رقيقاً (أضيف إليه) أي أضيف العتق إلى المولى الذي هو علة العلة لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند تعذر الإضافة إلى العلة (كما في العبد إذا اشترى شيئاً يثبت الملك للمولى) لتعذر اثباته للعبد لعدم الأهلية (قال فلو أدى الأول) أي المكاتب الأول (بعد ذلك) أي بعد أداء الثاني بدل الكتابة و عتقه و كون ولائه للمولى (و عتق) أي الأول باداء بدل الكتابة (لا ينتقل الولاء إليه) أي إلى المكاتب الأول (لأن المولى جعل معتقا) مباشرة حكما (و الولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة بخلاف جر الولاء فان ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبباً باعتبار إعتاق الأم و الأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الاضافة إلى العلة و التعذر عند عدم عتق الأب فإذا أعتق زالت الضرورة فينتقل الولاء إلى قوم الأب (و إن أدى الثاني بعد عتق الأول) أي إن أدى المكاتب الثاني بدل الكتابة بعد عتق المكاتب الأول بأداء بدل الكتابة (فولاؤه له) أي ولاء الثاني للأول (لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء و هو الأصل) أي العاقد هو الأصل لأنه مباشر للعتق (فيثبت له) أي فيثبت الولاء للعاقد و هو المكاتب الاول (قال) أي محمدٌ في الجامع الصغير (و إن أعتق) أي المكاتب (عبده على مال أو باعه من نفسه) أي أو باع المكاتب نفس العبد من نفسه (أو زوج عبده لم يجز لأن هذه الاشياء ليست من الكسب و لا من توابعه) أي توابع الكسب و ضروراته مثل ضيافة من يعامل معه و الإعارة له و الاهداء إليه بشيء يسير (أما الاول) أي إعتاق عبده على مال

---

(١) من. ن. عن.

فلأنه إسقاط الملك عن رقبته و إثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض و كذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة و أما الثالث فلأنه تنقيص للعبد و تعييب له و شغل رقبته بالمهر و النفقة بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال و كذلك الأب و الوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب و لأن في تزويج الأمة و الكتابة نظراً له و لا نظر فيما سواهما و الولاية نظرية قال فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك

---

(فلأنه إسقاط الملك عن رقبته و إثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال) أي زوال الملك (بغير عوض و كذا الثاني) و هو بيع عبده من نفسه (لأنه إعتاق على مال في الحقيقة و أما الثالث) و هو تزويج عبده (فلأنه تنقيص للعبد و تعييب له) لأن من اشترى عبداً و وجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب (و شغل رقبته بالمهر و النفقة بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر) أشار به إلى قوله فان زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال (قال و كذلك الاب و الوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) في جميع ما ذكر أي يجوز لهما تزويج أمة الصغير و كتابة عبده و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى يجوز إعتاقهما على مال أيضاً و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يملكان كالمكاتب شيئاً من ذلك (لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب و لأن في تزويج الامة و الكتابة نظراً له) أما في تزويج الامة فلما مر آنفاً و أما في الكتابة فلأنه بالعجز يرد رقيقاً فربما كان العجز بعد أداء نجوم و ذلك لا شك في كونه نظراً (و لا نظر فيما سواهما) أي ما سوى تزويج الامة و الكتابة (و الولاية نظرية) هذا الكلام في معرض التعليل يعني إنما لا يجوز سواهما لأن ولايتهما نظرية و لا نظر في غيرهما (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فأما المأذون له) أي العبد المأذون له في التجارة (فلا يجوز (١) له شيء من ذلك) أي مما

---

(١) فلا يجوز له شيء من ذلك الخ. أقول في هذا التحرير نوع إشكال لأنه إن كان المشار إليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله و إن أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجز فمع كون كلمة أما في قوله فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأباه إذ حكم ما ذكر قبيله أيضا عدم الجواز ينافيه قوله و قال أبو يوسف له أن يزوج أمته فان تزويج الامة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه و ان كان المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع و الشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب إصالة و مسئلة جواز البيع و الشراء و السفر إنما ذكرت في أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية =>

عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى له أن يزوج أمته و على هذا الخلاف المضارب و المفاوض و الشريك شركة عنان

ذكر من الاشياء و في بعض النسخ فلا يملك شيئاً من ذلك (عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى له أن يزوج أمته) أي للمأذون له تزويج أمته (و على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (المضارب و المفاوض و الشريك شركة عنان) قال السغناقيّ الأصل في هذا أن كل من كان تصرفه عاماً في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة كالاب و الوصي و الجد و المفاوض و المكاتب و القاضي و أمين القاضي و كل من كان تصرفه خاصاً في التجارة كالمضارب و شريك العنان و المأذون له لا يملك تزويج الامة عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى كذا ذكره الإمام قاضي خان و المحبوبي رحمهما الله تعالى قلت و عن هذا قال الكاكي رحمه الله تعالى قيل لفظ المفاوض ههنا سهو من الكاتب لما أن المفاوض كالمكاتب و قال صاحب العناية رحمه الله تعالى ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف و استدل بنقل عن الكرخي رحمه الله تعالى و غيره ليس فيه ذكر الخلاف و قال ترك ذكر الخلاف دليل على الإتفاق و فيه ما فيه قلت أراد ببعض الشروح شرح الاترازيّ غاية البيان فانه قال في قوله و على هذا الخلاف المضارب إلى آخره و لنا في هذا النقل نظر لأن المفاوض يجوز له تزويج الامة بالإتفاق و لا يجوز ذلك من أحد شريكي العنان عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى ألا ترى إلى ما نص الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره في باب المفاوضة و يجوز لأحد المفاوضين أن يكاتب عبيد التجارة و يأذن لهم في

=> ثمة قلت قد عرفت هناك أن ما يصلح للتمهيد إنما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتي جواز البيع و جواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لا يتم عذرا لا هناك و لا هنا و اعلم أن صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولاً ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه و شراؤه و سفره و إن شرط عنده وانكاح أمته و كتابة عبده و ثانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا بإذنه و لا هبته و لو بعوض و تصدقه الابيسير و تكفله و اقراضه و اعتاق عبده و لو بمال ثم لما قال و شيء من ذا لا يصح من ما ذون و مضارب و شريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار إليه من الاشتباه و الاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط و هي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد و لم يحملها على مجموع المنفيات و المثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع و الشراء من المثبتات و أما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولاً فلان المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات و المثبتات مختلطة مع الاخرى فلا تفهم الاشارة إلى البعض دون الآخر من اللفظ و أما ثانيا فلأن قوله و قال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لأن تزويج الأمة من قبيل المثبتات في المكاتب و أنا أتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا لا للتوجيه و لا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير كذا في النتائج.

هو قاسه على المكاتب و اعتبره بالإجارة

التجارة و لا يجوز أن يعتق شيئاً من رقيق التجارة على مال و لا يجوز أن يزوج العبد أيضاً و يجوز أن يزوج الأمة و يجوز أن يدفع المال مضاربة إلى هنا لفظ الكرخي ذكر تزويج الأمة للمفاوض بلا ذكر الخلاف كما ترى و كذلك أثبته القدوري رحمه الله تعالى في شرحه و في شرح الكافي و لأحد المفاوضين أن يكاتب عبداً من تجارتهما و له أن يأذن له في التجارة و ليس له أن يعتقه على مال و لا أن يزوج العبد و له أن يزوج الأمة و ليس لشريك العنان أن يزوج الأمة و لا أن يكاتب و كذلك المضارب و قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فهؤلاء الأربعة الأصناف لا يجوز عتقهم على مال و يجوز كتابتهم في الاستحسان و في قول بشر لا يجوز كتابتهم و إن زوج أحد من هؤلاء أمة جاز النكاح بالإتفاق انتهى و أراد بالأصناف الأربعة الأب و الوصي و الشريك المفاوض و المكاتب ثم قال الفقيه و لو كان عبداً مأذوناً أو شريك عنان أو مضارباً زوج أحد من هؤلاء الثلاثة أمة لم يجز في قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و يجوز في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و لا يجوز كتابة هؤلاء النفر الثلاثة بالإتفاق و لو زوج أحد من هؤلاء النفر الثلاثة أو من النفر الأربعة التي ذكرنا العبد امرأة لم يجز بالإتفاق و في شرح الطحاوي الأب و الوصي و المفاوض لا يملكون العتق على مال و يملكون الكتابة و هؤلاء الثلاثة يملكون تزويج الأمة و ليس لهم تزويج العبد و أما الصبي المأذون و العبد المأذون و الشريك شركة عنان و المضارب لا يجوز لهم الكتابة و لا تزويج العبد بالإجماع و في تزويج الأمة اختلاف فعند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لا يجوز و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز انتهى فعلم أن المفاوض لا خلاف فيه في تزويجه الأمة (هو قاسه) أي أبو يوسف رحمه الله تعالى قاس المأذون في جواز تزويج الأمة (على المكاتب) فان المكاتب يجوز له تزويج الأمة فكذلك المأذون له (و اعتبره بالإجارة) أي اعتبر التزويج بالإجارة فإن المأذون له جاز له أن يؤجر عبده أو أمته فكذلك يجوز له أن يزوج أمته فإن قلت لم اختار لفظ القياس في الأول و الاعتبار في الثاني؟ قلت نقل الأترازي عن بعضهم أنه قال استعمل لفظ القياس في العينين و هما المأذون و المكاتب و لفظ الاعتبار في الفعلين و هما التزويج و الاجارة لأن المماثلة بين هذين العينين ظاهرة إذ في كل منهما فك الحجر و إطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك و أما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما أن الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين بخلاف التزويج فكان استعمال لفظ الاعتبار أليق و قال صاحب العناية رحمه الله تعالى فيه نظر

**و لهما أن المأذون له يملك التجارة و هذا ليس بتجارة فأما المكاتب يملك الاكتساب و هذا اكتساب و لأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة إذ هي مبادلة المال بالمال و لهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد**

## فصل

---

لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعى فذلك لا يكون بين عينين و إن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته قلت المراد من القياس معناه اللغوى و هو التقدير يقال قاس الطبيب الجراحة إذا قدر بالمسمار غورها و المساواة أيضاً يقال قس النعل بالنعل أى ساو أحدهما بالآخر و اجعله على مثاله و هذا المعنى ظاهر بين المأذون و المكاتب لأن بينهما مساواة فى فك الحجر و إطلاق التصرف و الاعتبار رد الشيء إلى نظيره فاستعمال هذا بين التزويج و الإجارة أولى لأن أحدهما نظير للآخر فى الفعلية لأن كلا منهما تصرف مطلقاً و دعوى صاحب العناية رحمه الله تعالى الترادف بين القياس و الاعتبار غير ظاهرة يحتاج إلى برهان (و لهما) أى و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن المأذون له يملك التجارة و هذا) أى تزويج الأمة (ليس بتجارة) لأنه ليس مبادلة المال بالمال و التجارة كذلك (فأما المكاتب يملك الاكتساب و هذا اكتساب) أى تزويج الأمة اكتساب لأنه إسم لما يتوصل به إلى المال و بالتزويج توصل المولى إلى المهر فكان اكتساباً (و لأنه) أى و لأن تزويج الأمة و هذا دليل آخر (مبادلة المال بغير المال) إذ البضع ليس بمال (فيعتبر بالكتابة) أراد أن اعتبار التزويج بالكتابة أولى من اعتباره بالاجارة لأن التزويج مبادلة المال بغير المال و كذا الكتابة فى الابتداء مبادلة المال بغير المال (دون الاجارة) يعنى لا يعتبر بالاجارة (إذ هى) أى الاجارة (مبادلة المال بالمال) لأن المنفعة قائمة مقام العين فيكون فى حكم المال و لهذا يصلح مهراً فى النكاح و ابتغاء النكاح شرع بالمال (و لهذا) أى و لأجل أن التزويج ليس من التجارة (لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد) أى لا يملك المكاتب و المأذون له و المضارب و المفاوض و شريك العنان كلهم تزويج العبد) لأنه ليس من التجارة لأنه ليس مبادلة المال بالمال و لا هو من اكتساب المال و قال أبو الخطاب الحنبلى رحمه الله تعالى يجوز للمكاتب تزويج عبده و لنا ما ذكرناه.

## (فصل)

أى هذا فصل فى بيان من يدخل فى الكتابة و بين فيما مضى من يدخل أصلا و ههنا يبين من يدخل

قال و إذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته

تبعاً و التبع يتلو الاصل (قال) أى القدورىؒ (و إذ اشترى (١) المكاتب أباه أو إبنه دخل فى كتابته) ههنا أمور الاول: أنه قدم أباه على ابنه للتعظيم و أما فى ترتيب القوة فى الدخول فى كتابته فالإبن مقدم على الاب سواء كان مولوداً في الكتابة أو مشترى و المولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر فى حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته و يقبل منه بدل الكتابة على نجوم الأب و المشترى يحرم بيعه حال حياته و يقبل منه البدل بعد موت الأب حالاً و لا يتمكن من السعاية على نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن المولود فى الكتابة فى التبعية و أما الأب فانه يحرم بيعه حال حياة ابنه المكاتب و لم يقبل منه البدل بعد موته لا حالاً و لا مؤجلاً الثانى: انه قال دخل فى الكتابة و لم يقل صار مكاتباً لأنه لو صار مكاتبا لكان أصلا و لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلى و ليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة الثالث: أن حكم أمه إذا اشتراها مثل أبيه و ابنه و لم يذكرها إكتفاء بالأب و لو ذكرها كان أولى و هؤلاء كلهم يدخلون فى كتابته تبعاً له حتى يردون إلى الرق بعجزه كما نبهنا عليه و فى الأجناس لو اشترى المكاتب أباه أو جده أو ولده أو أمه ليس له بيعهم و لو اشترى أخاه أو عمه أو ابن عمه أو ابن أخيه له بيعهم في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا ليس له بيع هؤلاء و فى المجرد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى للمكاتب أن يكاتب أبويه و أولاده المشتراة فدل أنهم لم يكاتبوا عليه هكذا ذكر صاحب الأجناس الرابع: يحتاج إلى بيان الفرق بين المشترى فى الكتابة من الأولاد و بين ما إذا كاتب عبده على نفسه و ولده الصغير فإنه إذا أعتق المشترى لم يسقط من البدل شيء و إذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه و هو أن المشترى تبع من كل وجه فلا معتبر به فى أمر البدل لتقرره قبل دخوله فى الكتابة و أما الصغير فقد كان مقصوداً بالعقد من وجه و كان البدل فى مقابلته و مقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه الخامس: أن شراءه ذوى أرحامه يجوز عندنا و عند احمدؒ و عند الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى لا يجوز لأنه تصرف تبرع كالإعتاق و أما لو اشترى قريبه بإذن السيد ففيه للشافعي رحمه الله تعالى قولان و عن أبى إسحاق المروزىؒ من أصحابه القطع بالصحة ثم على قول الصحة يتكاتب عليه ثم في كل تصرف لا يجوز للمكاتب فإذا فعله بإذن السيد للشافعي رحمه الله تعالى فيه قولان في قول

(١)و إذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ. ذكر الأب و الابن وقع إتفاقا لأن هذا الحكم لا يختص بهما بل جميع من له قرابة الولادة يدخلون فى كتابته تبعا له كذا فى التبيين.

لأنه من أهل أن يكاتب و إن لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه و إن اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يدخل اعتباراً بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما و لهذا لا يفترقان فى الحر فى حق الحرية و له أن للمكاتب كسباً لا ملكاً غير أن الكسب يكفى للصلة فى الولاد حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد و الولد و لا يكفى فى غيرهما حتى لا يجب نفقة الأخ إلا على الموسر و لأن هذه قرابة توسطت بين بنى الأعمام و قرابة الولاد

---

يجوز و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لأنه) أى لأن المكاتب (من أهل أن يكاتب) على وزن بناء الفاعل (و إن لم يكن من أهل الإعتاق فيعجل مكاتباً) بكسر التاء (تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه) أراد أن الحر إذا ملك لذى رحم محرم يعتق عليه تحقيقاً لصلة الرحم فكذا إذا ملك المكاتب قريبه يتكاتب عليه تحقيقاً لصلة الرحم بقدر الإمكان (و إن اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له) كالأخ و الأخت و العم و العمة (لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يدخل اعتباراً بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما) أى ينتظم قرابة الولاد و قرابة غير الولاد (و لهذا) أى و لأجل أن وجوب الصلة ينتظم القبيلتين (لا يفترقان فى الحر فى حق الحرية) يعنى إذا اشترى الحر أباه يعتق عليه فكذا إذا اشترى أخاه (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن للمكاتب كسباً لا ملكاً) لوجود ما ينافيه و هو الرق و لهذا لا يفسد نكاح امرأته لو اشتراها و تحل الصدقة له و إن أصاب مالاً و لا يملك الهبة كذا فى الأسرار (غير أن الكسب يكفى للصلة فى الولاد) أراد أن قدرته على الكسب توجب الصلة فى قرابة الولاد (حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد) و إن لم يكن موسراً (و لا يكفى فى غيرهما) أى و لا يكفى الكسب فى غير الوالد والولد (حتى لا يجب نفقة الأخ) أى الأخ المعسر (إلا على الموسر) أى على الأخ الموسر و الدخول فى الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بمحله (و لأن هذه قرابة) أى و لأن قرابة الاخوة قرابة (توسطت بين بنى الأعمام) التى هى القرابة البعيدة (و قرابة الولاد) أى و بين قرابة الولاد التى هى القرابة القربية الحاصل أن الأخ يشبه بنى الأعمام فى حق الزكاة و حل الحليلة و قبول الشهة و جريان القصاص و يشبه الولاد فى حق حرمة المناكحة و افتراض الصلة

**فألحقناها بالثاني في العتق و بالأول في الكتابة و هذا أولى لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه و إذا أعتق لا يكون له فسخه قال و إذا اشترى أم ولده دخل**

---

و حرمة الجمع بينهما نكاحاً (فألحقناها بالثاني في العتق) أي إذا كان كذلك فألحقنا قرابة الاخوة التي هي المتوسطة بالثاني و هو قرابة الولاد في حكم العتق حتى إذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما إذا ملك والده أو ولده (و بالأول في الكتابة) أي ألحقناها بالأول و هو القرابة البعيدة التي هي بنو الأعمام في حكم الكتابة حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما إذا ملك ابن عمه عملاً بالشبهين و توفيراً عليهما حظهما (و هذا أولى) أي العمل على هذا الوجه أولى من العكس (لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب) العبد المشترك بينهما (كان للآخر) أي للشريك الآخر (فسخه) أي فسخ عقد الكتابة (و إذا أعتق) أي أحد الشريكين العبد المشترك بينهما (لا يكون له) أي للشريك الآخر (فسخه) أي فسخ الاعتاق فلو قلنا يتكاتب عليه أخوه إذا اشتراه وجب علينا أيضاً أن نقول إذا ملك الحر أخاه يعتق عليه أيضاً فحينئذ يلزم العمل بشبه قرابة بني الأعمام فلا يبقى حينئذ قرابة الأخوة متوسطة بين القرابتين لأن المتوسط ذو حظ من الجانبين فما لم يعمل لهما لم يبق المتوسط متوسطاً (قال) أي القدوري (و إذا (١) اشترى أم ولده دخل

---

(١) و إذا اشترى الخ. و في الدر المختار: (و لو اشترى أم ولده مع ولده منها) و كذا لو شراها ثم شراه جوهرة (لم يجز بيعها) لتبعيتها لولدها (و) لكن (لا تدخل في كتابته) ثم فرع عليه بقوله (فلا تعتق بعتقه و لا ينفسخ نكاحه) لأنه لم يملكها (فجاز له أن يطأها بملك النكاح فكذا المكاتبة إذا اشترت بعلها غير أن لها بيعه مطلقا) لأن الحرية لم تثبت من جهتها اه. و في رد المحتار على الدر المختار: (قوله أم ولده) يعني المستولدة بالنكاح عزمية (قوله و كذا لو شراها ثم شراه) قال ابن الملك و الأصح أنه إذا اشتراه أولاً ثم اشتراها حرم بيعها لأن الولد يكاتب عليه أولاً و بواسطته تكاتبت أمه و إذا اشتراها أولاً لا يحرم بيعها لانتفاء المقتضي و هو تكاتب الولد ثم إذا اشترى الولد حرم بيعها عند شراء الولد لوجود المقتضي اه فالمدار على اجتماعهما في ملكه أعم من أن يكون قد اشتراهما معا أو متعاقبا فالتقييد بالمعية خلاف الأصح (قوله لأنه لم يملكها) أي حقيقة فهي كسبه لا ملكه و هذا علة للمفرع و المفرع عليه (قوله فكذا المكاتبة الخ) أي فله أن يطأها بالنكاح لأنها لم تملك رقبته حقيقة هندية عن البناية للعيني (قوله مطلقا) أي سواء كان معه ولده منها أو لا رحمتي (قوله لأن الحرية لم تثبت من جهتها) يعني الحرية المنتظرة و المعنى أنها إذا اشترت بعلها مع ابنها منه تبعها ابنها في الكتابة و لا يتبعه أبوه في تلك الكتابة المؤدية إلى الحرية لأن التبعية للولد خاصة بجهتها فهي التي تتبع و لدها كما يتبعها هو في الرقية و الحرية و التدبير فشراء الولد يمنع بيع أصله لو كانت الحرية المنتظرة من جهة الأم بأن كان ذلك الأصل أما كما في المسألة السابقة فلو كان أبا لا يمتنع بيعه هذا ما ظهر لي و عبارة الزيلعي لأن الجزئية بالجيم و الزاي و المعنى أن البعضية التي تمنع بيع الأصل معتبرة من جهتها كما قدمناه و لم توجد هنا و لم أرمن أوضح هذه العبارة بعد المراجعة الكثيرة فتأمل.

ولدها في الكتابة و لم يجز بيعها و معناه إذا كان معها ولدها أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه و أما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة و السلام أعتقها ولدها

ولدها في الكتابة) أراد اشترى أم ولده و معها ولده منها على ما يجيء الآن و الأصل في هذا أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة في رقبتها و له ملك اليد و ملك اليد لا يبطل النكاح (و لم يجزبيعها) أي بيع أم ولده بعد أن اشتراها و معها ولده منها أما إذا اشترى امرأته و لم يكن لها ولد منه فله أن يبيعها لأن النكاح ليس بسبب لاستحقاق الصلة فلا يمتنع البيع بسببه و كذا المكاتبة إذا اشترت زوجها لم يبطل نكاحها و له أن يطأها بالنكاح لأنها لم تملك رقبته حقيقة (و معناه إذا كان معها ولدها) أي معنى قول القدوري إذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة و لم يجز بيعها إذا كان معها ولدها (أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه) أراد به ما ذكره في أول الفصل لأنه من أهل أن يكاتب الخ (و أما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم) أي في حكم الحرية فإن قلت إذا ثبت للولد حقيقة الحرية فينبغي أن يثبت للأم حقها و ههنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للأم حقها تحقيقاً لانحطاط رقبتها عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لانحطاط رتبتها فإن قلت لم لا تصير مكاتبة تبعاً للولد قلت العقد انما ورد على المكاتب و الولد جزؤه فيكون وارداً عليه بخلاف الأم (قال عليه الصلاة و السلام أعتقها ولدها) أورده دليلاً على عدم جواز بيع أم الولد المذكورة لأنها عتقت بعتق ولدها لأنه عليه الصلاة و السلام أخبر بهذا ثم هذا الحديث أخرجه (١) البيهقي من رواية أبي أويس و أبي بكر بن أبي سبرة عن حسين بن عبدالله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم و لم يذكر أبو أويس ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال لما ولدت أم ابراهيم ابن النبي ﷺ قال رسول الله ﷺ أعتقها ولدها ثم البيهقي رواه (٢) من حديث زى بن أيوب ثنا سعيد بن زكريا المدائني عن ابن أبي سارة عن ابن أبي حسين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال لما ولدت مارية قال رسول الله ﷺ أعتقها ولدها ثم قال و لحديث عكرمة علة عجيبة ثم (٣) روى عن سعيد بن مسروق عن عكرمة عن عمر رضي الله تعالى عنه قال أم الولد أعتقها ولدها و إن كان سقطا ثم (٤) روى عن خصيف الجزري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال قال عمر رضي الله تعالى فذكر نحوه قال فع الحديث إلى قول عمر رضي الله تعالى عنه ثم جعله الصحيح قلت

(١) أخرجه البيهقي في عتق امهات الأولاد باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له ص ٣٤٦ ج ١٠ . (٢) رواه في الباب المذكور آنفا. (٣) ثم روى أي البيهقي في الباب المذكور آنفا. (٤) ثم روى أي البيهقي في الباب المذكور آنفا.

و إن لم يكن معها ولد (١) فكذلك الجواب في قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لأنها أم ولد خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى و له أن القياس أن يجوز بيعها و إن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ إلا أنه يثبت هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه و بدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء و القياس ينفيه

هاتان قضيتان مختلفتان لفظاً روى عكرمة احداهما مرفوعة و الأخرى موقوفة فلا تعلل إحداهما بالأخرى و قد أخرج (٤) الحاكمُ في المستدرك الرواية المرفوعة و قال حديث صحيح الإسناد ثم ذكر لها متابعة و أخرجه (٥) ابن ماجةُ من حديث أبي عاصم عن أبي بكر النهشلي عن الحسين ابن عبدالله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه مرفوعا و النهشلي أخرج له مسلمٌ و وثقة جماعة و قد جاء للحديث متابعة من وجه آخر بسند جيد قال ابن حزمٌ روينا عن طريق قاسم بن اصبغ حدثنا مصعب عن محمد حدثنا عبيد الله بن عمر هو الرقي عن عبدالكريم الحوري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال لما ولدت مارية أم ابراهيم عليه قال رسول الله ﷺ أعتقها ولدها ثم قال ابن حزمٌ و هذا خبر جيد السند كل رواته ثقات و قال في كتاب البيوع صحيح السند و قد بسطنا الكلام فيه في باب الإستيلاد (و إن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب) يعني لم يجز بيعها (في قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لأنها أم ولد خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى وله) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن القياس أن يجوز بيعها و إن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف) أي متردد بين أن يؤدي البدل فيعتق و ما فضل من البدل له و بين أن يعجز فيعود هو و ماله للمولى (فلا يتعلق به) أي بكسبه (ما لا يحتمل الفسخ) و هو الإستيلاد إذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملاً للفسخ و كلاهما لا يجوز و التحرير أنه كسب موقوف و كل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ و ما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالإستيلاد لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله و الأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للأدنى (إلا أنه يثبت هذا الحق) و هو امتناع البيع (فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته) أي لثبوت امتناع البيع (في الولد بناء عليه) أي على ثبوت امتناع البيع (و بدون الولد لو ثبت) هذا الحق (يثبت إبتداء) أي في إبتداء الامر (و القياس ينفيه) يعني و لا نص فيه يترك به القياس بخلاف

(١) ولد. ن. ولدها. (٤) أخرج الحاكمُ الخ. كذا في نصب الراية ص٢٨٧. ج٣. (٥) أخرجه ابن ماجةُ في العتق باب أمهات الأولاد ص١٨٣.

و إن ولد له ولد من أمة له دخل فى كتابته لما بينا فى المشترى فكان حكمه كحكمه و كسبه له لأن كسب الولد كسب كسبه و يكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة إختصاصه و كذلك إن ولدت المكاتبة ولداً لأن حق إمتناع البيع ثابت فيها مؤكداً

---

ما إذا كان معها الولد فإن قلت القياس كما ينفيه إبتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر فى أول الدليل فتخصيص نفيه بالإبتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم قلت ليس بتحكم و إنما هو من باب الإستحسان بالأثر و هو قوله عليه الصلاة و السلام أعتقها ولدها و لا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب (و إن ولد له ولد من أمة له دخل فى كتابته لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه من أهل أن يكاتب و إن لم يكن من أهل العتاق (فى المشترى) أى فى الولد المشترى فان قلت المكاتب لا يملك التسرى و لا وطء أمته و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى فمن أين له ولد حتى يدخل فى كتابته قلت نعم إلا أن له فى مكاسبه يداً كالحر و ذلك يكفى لثبوت النسب منه عند الدعوة و إن لم يحل وطئه كما فى الجارية المشتركة و جارية الإبن إذا وطئها الاب و ادعى الولد و الدليل على أن المكاتب مثل الحر فى ادعاء الولد ما ذكره فى المبسوط بقوله جارية بين حر و مكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب قال الولد ولده و الجارية أم ولد له و يضمن نصف عقرها و نصف قيمتها و لا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب بما له من حق الملك فى كسبه يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك له فى نصفها ههنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق و يثبت لها حق أمية الولد فى حق إمتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد (فكان حكمه كحكمه) أى حكم الولد كحكم المكاتب و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و عند الظاهرية ولده من جاريته حر و هل تصير الأمة أم ولد له للشافعى رحمه الله تعالى فيه قولان أحدهما أنها تصير أم ولد له و به قال احمد و ابو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى و الثانى لا تصير أم ولد له و به قال ابو حنيفة و مالك رحمهما الله تعالى و هو رواية عن احمد رحمه الله تعالى (و كسبه له) أى كسب الولد لوالده (لأن كسب الولد كسب كسبه) إذ الولد كسبه (و يكون كذلك قبل الدعوة) بكسر الدال أى قبل دعوة النسب أراد أن الولد و الكسب كانا له قبل الدعوة (فلا ينقطع بالدعوة إختصاصه) أى إختصاص المكاتب بكسب ولده أراد إختصاصه الذى كان ثابتاً قبل الدعوة (و كذلك إن ولدت المكاتبة ولداً) أى من زوجها أو من زنا يدخل الولد فى كتابتها و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن حق امتناع البيع ثابت فيها) أى فى المكاتبة (مؤكداً) أى مقرراً فصار من الأوصاف القارة الشرعية و الأوصاف القارة

فيسرى إلى الولد كالتدبير و الاستيلاد قال و من زوّج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولداً دخل فى كتابتها و كان كسبه لها لأن تبعية الأم أرجح و لهذا يتبعها فى الرق و الحرية

الشرعية فى الأمهات كالتدبير و الإستيلاد و الحرية و الرق تسرى إلى الأولاد فأشار إلى ذلك بقوله مؤكداً و احترز به عن ولد الآبقة فإن بيعها لا يحوز و بيع ولدها يجوز لأن امتناع البيع فى الآبقة غير مؤكد إذ الإباق مما لا يدوم و كذا بيع المستأجرة و الجانية فان الأمة إذا اتصفت بهما امتنع بيعها إلا مقروناً بشىء لكنه ليس بمؤكد فقولهم الأوصاف القارة إحتراز عن مثل هذين الوصفين و قولهم الشرعية إحتراز عن السواد و البياض و الطول و القصر فانها لا تسرى و إذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول أن الولد ملك المولى فيتصرف فيه كيف شاء (فيسرى إلى الولد) أى يسرى هذا الوصف و هو حق إمتناع البيع إلى الولد (كالتدبير و الإستيلاد) أى كما يسرى الوصف الثابت المؤكد فى المدبر و أم الولد إلى أولادها (قال) أى القدورىّ (و من زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولداً دخل (١) فى كتابتها) هذا أيضاً بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية فى الأمهات تسرى إلى الأولاد و لهذا كان الولد داخلاً فى كتابة الأم (و كان كسبه لها لأن تبعية الأم أرجح) لما ذكرنا أن الاوصاف القارة الشرعية فى الأمهات تسرى إلى الأولاد ثم استوضح ذلك بقوله (و لهذا يتبعها) أى يتبع الولد الأم ( فى الرق و الحرية) و وقع فى بعض النسخ دخل فى كتابتهما بضمير التثنية و كسبه لها أى فى الدخول يتبعهما و فى الكسب يتبعها خاصة و الأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب فان قلت قد ذكر فى المبسوط لو قتل قاتل الابن خطأً فقيمته للأبوين جميعا و لا يختص بها الأم فينبغى أن يكون فى مسئلتنا كذلك قلت تلك المسألة متصورة فيما إذا قبل الوالد أن الكتابة عليه و حالهما فى ذلك سواء إذ لا ولاية لهما عليه و لا يمكن جعل تلك القيمة للمولى لأن الولد صار مكاتباً بقبولهما فلم يبق للمولى سبيل على كسبه و على قيمة رقبته فلا بد أن تؤخذ القيمة عنه فتكون للأبوين لأنهما كانا ينفقان عليه فى حياته و أما الولد المولود فى الكتابة فان ثبوت الكتابة ههنا بطريق التبعية و جانب الأم يترجح فى ذلك لأنه جزء منها و هناك ثبوت الكتابة بالقبول و هما فى القبول سواء و فى الكافى لو قتل المولود فى الكتابة يكون قيمته للأم ككسبه و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و أحمد و مالك رحمهما الله تعالى و فى قول للسيد لأنه لا يدخل

(١) دخل فى كتابتها. أقول عدل عن قوله "تكاتب عليها" إلى قوله "دخل فى كتابتها" ليفيد أن هذا أقوى حالاً من المشترى فى الكتابة لأنه لو مات المكاتب مفلسا سعى هذا فى الكتابة على نجومها كذا فى تكملة الطورى.

**قال و إن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ولداً ثم استحقت فأولادها عبيد و لا يأخذهم بالقيمة و كذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى أولادها أحرار بالقيمة لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق و هو الغرور و هذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد**

---

الولد في كتابتها في قول فيكون قنا للسيد يجوز بيعه و إعتاقه (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت) أي أدعت (أنها حرة فولدت منه ولدا ثم استحقت فأولادها عبيد و لا يأخذهم) أي المكاتب لا يأخذ الأولاد (بالقيمة) أي بقيمة يؤديها إلى المستحق عندهما على ما يأتي (و كذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج فتزوج فولدت من زوجه ثم استحقت فان ولده عبد عندهما و لا يأخذه بالقيمة (و هذا) أي الحكم الذي ذكرناه في الوجهين (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى أولادها أحرار بالقيمة) و به قال زفر و الثلاثة رحمهم الله تعالى إلا عن الشافعي رحمه الله تعالى في قول كقولهما و أكثرهم ذكروا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا أن الفقيه أبا الليثؒ ذكر قول أبي يوسفؒ مع محمدؒ و ما ذكره الجمهور أصح لأنه قوله المرجوع إليه و به صرح القدوريؒ في كتابه التقريب فقال قال أبو حنيفة و أبو يوسف رحمهما الله تعالى لا يثبت للعبد حكم المغرور و أولاده عبيد و روى زفرؒ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يكون مغروراً و هو قول أبي يوسفؒ الأول و ذكر رجوعه في الدعوى و قال محمدؒ أولاده أحرار ثم على قول محمدؒ إن كان التزوج من هؤلاء أعني العبد و المكاتب و المدبر بإذن السيد فعليهم قيمة الولد و المهر في الحال و إن كان بغير إذن السيد فعليهم قيمة الولد و المهر بعد العتق هذا إذا غرته المرأة بقولها إنها حرة و إن غره حر رجع عليه في الحال و إن كان الذي غره عبداً أو مدبراً أو مكاتباً فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا سواء كان العبد مأذوناً له أو لم يكن و أما إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنها حرة و لم يزوجها إياه أو تزوجها رجل على ظن أنها حرة و ما قالت زوجني فاني حرة فانه لا يرجع على المخبر و لا على المرأة و لكن يرجع بقيمة الولد على الامة إذا أعتقت لأنها غرته حين زوجت نفسها بأنها حرة و ضمان الغرور كضمان الكفالة (لأنه) أي لأن المكاتب (شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق) و هو كون الأولاد حراً بالقيمة (و هو الغرور) أي سبب ثبوت هذا الحق هو الغرور و هما مشتركان فيه (و هذا) أي وجه إشتراكهما في هذا السبب (لأنه) أي لأن المكاتب (ما رغب في نكاحها) أي في نكاح تلك المرأة التي زعمت أنها حرة (إلا لينال حرية أولاده) و في بعض النسخ حرية الأولاد

و لهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقاً و هذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق و الحرية خالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم و هذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة و ههنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق فيبقى على الأصل

---

(و لهما) أي لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (أنه مولود بين رقيقين) لأن أباه رقيق ما دام في الكتابة و أمه ظهرت رقيتها بثبوت الإستحقاق (فيكون رقيقاً) كما إذا كان عالماً بحالها (و هذا) توضيح لما قبله (لأن (١) الأصل) أي القياس (أن الولد يتبع الأم في الرق و الحرية) لأنه جزؤها (خالفنا هذا الأصل) أي تركنا هذا القياس المذكور (في الحر) أي فيما إذا كان الرجل حراً (بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم) فيه نظر لوجود الإختلاف من الصحابة على ما روى (٢) ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع فقال حدثنا أبو بكر بن عياش عن مطرف عن عامر عن علي رضي الله تعالى عنه في رجل اشترى جارية فولدت منه أولادا ثم أقام الرجل البينة أنها له قال ترد عليه و يقوم عليه ولدها فيغرم الذي باعه بما عزوهان و قال (٣) حدثنا سفيان بن عيينة عن أيوب بن موسى عن ابن قسيط عن سليمان بن يسار أن أمة أتت قوماً فغرتهم و زعمت أنها حرة فتزوجها رجل فولدت له أولاداً فوجدوها أمة فقضى عمر رضي الله تعالى عنه بقيمة أولادها في كل مغرور غرة و قال (٤) حدثنا عبدالأعلى عن سعيد عن قته عن خلاس أن أمة أتت طيا فزعمت أنها حرة فتزوجها رجل ثم إن سيدها ظهر عليها فقضى عثمان رضي الله تعالى عنه أنها و أولادها لسيدها و جعل لزوجها ما أدرك من متاعه (و هذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه) أي ليس في معنى ولد الحر المغرور (لأن حق المولى هناك) أي في مسألة الحر المغرور (مجبور بقيمة ناجزة) أي حالة أراد أن الحكم حرية الولد مع مراعاة حق المستحق و هو المولى بإيجاب قيمته في الحال (و ههنا) أي في مسألة العبد أو المكاتب المغرور (بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق) فكان المانع من الإلحاق به موجوداً و هو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير (فيبقى على الأصل) و هو أن يكون

---

(١)لأن الأصل الخ. أقول قد يكون الولد حرا من زوجين قنين بلا تحرير و وصية و صورته أن يكون للحر ولد و هو قن لأجنبي فزوج الأب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الأمة ولدا فهو حر لأنه ولد ولد المولى كذا في جامع الفصولين و لا ترد هذه نقضا على الكلية لأنها مقيدة بانتفاء المانع كذا في السعدية. (٢)روى ابن ابي شيبة في البيوع (باب) في الرجل يشترى الجارية فتلد منه ثم يقيم الرجل البينة أنها له ص ١٤٠ ج٦. (٣)قال أي ابن ابي شيبة في البيوع (باب) في الأمة تزعم أنها حرة ص٢٨٨ ج٦. (٤)قال أي ابن ابي شيبة في الباب المذكور آنفا ص٢٨٩ ج٦.

فلا يلحق به قال و إن وطىء المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به فى الكتابة و إن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق و كذلك المأذون له و وجه الفرق أن فى الفصل الأول ظهر الدين فى حق المولى لأن التجارة و توابعها داخلة تحت الكتابة و هذا العقر من توابعها لأنه

---

الولد تابعاً لها (فلا يلحق به) أى فلا يلحق ولد المكاتب بولد الحر المغرور فى هذا الحكم و اعلم أن قوله لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة إلى آخره يدل على أن عند محمد رحمه الله تعالى أولاد المكاتب فى الصورة المذكورة أحرار بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق و هكذا نص عليه فى شرح الجامع الصغير و فى المبسوط خلاف هذا و هو أن قيمة الأولاد و المهر يجب فى الحال لوجود الإذن من المولى (قال) أى محمدٌ فى الجامع الصغير (و إن وطىء المكاتب أمة على وجه الملك) يعني اشترى مكاتب أمة بشراء صحيح و وطئها (بغير إذن المولى) و الباء فيه تتعلق بقوله وطىء و إنما قال بغير إذن المولى ليتبين به فائدة هذا الحكم فى إذن المولى بالطريق الأولى لأنه لما كان يواخذ بالعقر فى الكتابة بالوطي بغير إذن المولى فلأن يؤاخذ به بالإذن بالطريق الأولى ألا ترى أنه يفترض هذا فيما إذا وجد الوطء فى النكاح فإنه لو كان مأذوناً بالنكاح فنكحها و وطئها يؤاخذ بمهرها فى الحال و لو لم يكن مأذوناً به لا يؤاخذ بالمهر فى الحال بل يؤخر إلى ما بعد العتق (ثم استحقها رجل فعليه العقر) أى مهر المثل (يؤخذ به فى الكتابة) فى حال الكتابة من غير تأخير إلى الإعتاق (و إن وطئها على وجه النكاح) أى بغير إذن المولى بالنكاح (لم يؤخذ (١) به) أى بالعقر (حتى يعتق و كذلك المأذون له) أى العبد المأذون له فى التجارة سواء كان قناً أو مدبراً حكمه كذلك (و وجه الفرق) أى بين الوطء على وجه الملك و الوطء بالنكاح (أن فى الفصل الأول) و هو الوطء على وجه الملك (ظهر الدين) أى دين المستحق (فى حق المولى لأن التجارة و توابعها) أى توابع التجارة كالإعارة و الضيافة اليسيرة و الهدية اليسيرة (داخلة تحت الكتابة) لأنه إنما ملك الشرء بسبب الكتابة و المراد هنا من توابع التجارة العقر لأنه لولا الشراء لما لزم العقر بل لزم الحد فصار وجوب العقر ملحقاً بدين التجارة فالحاصل لن الكتابة أوجبت الشراء و الشراء أوجب سقوط الحد و سقوط الحد أوجب العقر فالكتابة أوجبت العقر و هو معنى قوله (و هذا العقر) أى الذى وجب على المكاتب بسبب وطء المشتراة (من توابعها) أى توابع الكتابة (لأنه) أى

---

(١) لم يوخذ به حتى يعتق. أقول هذا إذا كانت المرأة ثيبا فلو بكرا فافتضها يؤاخذ به فى الحال اتقانى عن شرح الطحاوى كذا فى الشامية.

**لولا الشراء لما سقط الحد و ما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الإكتساب في شئي فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال و إذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة و كذلك العبد المأذون له لأنه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحاً و مرة يقع فاسداً و الكتابة و الإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهراً في حق المولى**

## فصل

**قال و إذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة و إن شاءت عجّزت نفسها و صارت أم ولد له**

---

لأن الشأن (لو لا الشراء لما سقط الحد و ما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر) أي الدين في حق المولى (في الفصل الثاني) و هو الوطء بالنكاح (لأن النكاح ليس من الإكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة) أي فلا يشمله الكتابة فوجوب العقر هنا باعتبار شبهة النكاح و هو ليس من التجارة و الإكتساب فيتأخر إلى ما بعد عتقه (كالكفالة) يعني إذا كفل المكاتب يؤخذ به بعد الحرية لأن الكتابة لا ينتظمها (قال و إذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة) أي في حال الكتابة (و كذلك العبد المأذون له لأنه) أي لأن الشراء (من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحاً و مرة يقع فاسداً و الكتابة و الإذن ينتظمانه) أي الشراء (بنوعيه) و هما الصحيح و الفاسد (كالتوكيل) يعني إذا وكل وكيلا بالعقد يتناول الصحيح و الفاسد (فكان) أي العقر (ظاهراً في حق المولى) لوجود الإذن منه.

## (فصل)

أي هذا فصل في بيان مسائل أخرى من هذا الباب و أتى بالفصل لكونها نوعاً من جنس مسائل الباب (قال و إذا ولدت (١) المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة و إن شاءت عجّزت نفسها و صارت أم ولد له) سواء صدقته المكاتبة في ذلك أم كذبته لأن للمولى في رقبتها حقيقة الملك و للمكاتبة حق الملك فترجحت الحقيقة على الحق فيثبت من غير تصديق

---

(١) و إذا ولدت المكاتبة الخ. أطلق في المكاتبة فشمل ما إذا كانت مفردة بالعقد أو مكاتبة مع أخرى و ما ذكره خاص بالاولى فلو قال بعقد مفرد لسلم. قال في المحيط: رجل كاتب جاريتين مكاتبة واحدة ثم استولد إحداهما فالولد حر لأن الاستيلاد حصل في ملكه فعلق حرا و الأم مكاتبة كما كانت و لا خيار لها لأنه لا يمكن ردها إلى الرق بدون الأخرى اه ملخصا طوري.

لأنها (١) تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل و آجلة بغير بدل فتخير بينهما و نسب ولدها ثابت من المولى و هو حر لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها و ما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة و إذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها و بمنافعها على ما قدمنا ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد و سقط عنها

بخلاف ما لو عى ولد أمة المكاتبة فان ثمة لا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتبة لأن للمولى حق الملك في أكسابها دون حقيقته فيحتاج إلى التصديق (لأنه) أى لأن الشأن و هذا إشارة إلى دليل التخير (تلقتها) أى المكاتبة و في بعض النسخ تلقاها (جهتا حرية) أى جهتان الحرية فبالإضافة سقط النون و ارتفاعها بالفاعلية بقوله تلقتها (عاجلة ببدل) أى إحدى الجهتين عاجلة ببدل و هو المضى على الكتابة (و آجلة بغير بدل) أى الأخرى آجلة بلا بدل و هو أن تعجز نفسها و تصير أم ولد فتعتق بعد موته (فتخير بينهما) أى إذا كان أمرها دائرا بين الجهتين فتخير بينهما (و نسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لستة أشهر أو لأكثر (و هو حر) أى الولد حر لا نعلم (٢) فيه خلافا (لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها) لأن الدعوة من المولى كالتحرير و أنه يملك تحرير ولدها من غيره قصداً فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بالطريق الأولى (و ما له) بفتح اللام أى و الذى للمولى (من الملك) فى الجارية (يكفى لصحة الإستيلاد بالدعوة) هذا في الحقيقة جواب عما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا تصح دعوته فقال الذى له من ملك الرقبة فيها كاف لصحة الإستيلاد و إن لم يكن له ملك اليد و ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب و المكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلأن يثبت من المولى أولى (و إذا مضت على الكتابة) أراد أنها إذا اختارت الكتابة و مضت عليها (أخذت العقر) أى مهر المثل و به قال مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول (من مولاها لاختصاصها بنفسها) أى لاختصاص المكاتبة بنفسها (و بمنافعها) أى لاختصاصها بأكسابها (على ما قدمنا) أشار به إلى قوله قبيل فصل الكتابة الفاسدة لأنها صارت أخص بأجزائها (ثم إن مات المولى) يعنى بعد مضيها على الكتابة (عتقت بالإستيلاد و سقط عنها

(١) لأنها. ن. لأنه. (٢) لا نعلم فيه خلافا. و في المغني لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى ص٣٩٣ ج١٢. اليسد إذا استولد مكاتبته فالولد حر لأنه من مملوكته و نسبه لاحق به و لا تجب قيمته لذلك و تصير أم ولد له لذلك و لا تبطل كتابتها لأنه عقد لازم من جهة سيدها و قد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه هذا قول الزهرى و مالك و الثورى و الليث و الشافعي و أصحاب الرأى و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و قال الحكم تبطل كتابتها اهـ.

بدل الكتابة و إن ماتت هي و تركت مالاً تؤدى منه مكاتبتها و ما بقى ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة فان (١) لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر و لو ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعى لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع و ماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعاً لها

---

بدل الكتابة) و لا خلاف فيه لأنها التزمت المال لتسلم لها رقبتها بجهة الكتابة و لم تسلم بهذه الجهة فلم يجب البدل فإن قلت كان الواجب أن لا يسقط لأن الأكساب ههنا تسلم لها و هذا آية بقاء الكتابة قلت (٢) الكتابة تشبه المعاوضة و بالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل و تشبه الشرط و بالنظر إليه يسقط ألا ترى أنه لو قال لإمرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثاً يبطل التعليق فلما عتقت بالإستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين و قلنا بسلامة الأكساب عملا بشبه المعاوضة و قلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط (و إن ماتت هى و تركت مالاً تؤدى منه مكاتبتها) أى بدل كتابتها (و ما بقى ميراث لإبنها جرياً على موجب الكتابة) و قال أحمد رحمه الله تعالى ما فى يدها للسيد و به قال الشافعي رحمه الله تعالى فى قول لبطلان الكتابة فيكون العتق بالاستيلاد فلا يكون ما فى يدها ميراثا لإبنها و قال مالك رحمه الله تعالى من كان معها فى كتابتها من ورثتها يؤدى ما بقى من الكتابة و يرث من ذكرنا ممن كان معها فى الكتابة على قسمة الميراث و لا يرث منها وارث آخر قال ابن حزمٌ هذا قول لم يعرف من أحد و خلاف القرآن و السنة و المعقول (و إن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد لأنه حر و لو ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى) أى لم يلزم الولد الثانى المولى بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرم الوطء و هذه محرم وطئها (إلا أن يدعى) أى المولى نسب الولد الثانى (لحرمة وطئها عليه) أى على المولى و فى مبسوط شيخ الإسلامٌ هذا إذا مضت على المكاتبة أما لو عجزت نفسها و لم تمض ثم ولدت ولدا فإنه يلزم المولى بدون الدعوة لحل وطئها حينئذ (فلو لم يدع) أى المولى نسب الولد الثانى (و ماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد) أى الولد الثانى (لأنه مكاتب تبعاً لها) أى لأن الولد الثانى دخل

---

(١)فان. ن. و إن. (٢)قلت الخ. أقول فى الجواب نظر لأنه قد تقرر فيما مر مرارا أن العمل بالشبهين إنما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين و ههنا ليس كذلك لأن جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل و كونها شرطا تستلزم سقوطه وهما أى السقوط و عدمه متنافيان قطعا لا يمكن إجتماعهما فى محل واحد فى [illegible] واحدة و تنافى اللازمين يوجب تنافى الملزومين فلا يمكن إجتماعهما كذلك و الصواب فى الجواب ما أشار إليه المصنفٌ فى المسئلة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الأكساب و الأولاد لأن الكتابة انفسخت فى حق البدل و بقيت فى حق الأكساب و الأولاد لأن الفسخ لنظرها و النظر فيما ذكرناه اه تأمل كذا فى النتائج.

فلو مات المولى بعد ذلك عتق و بطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها قال و إذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى إستفادة الحرية قبل موت المولى و ذلك بالكتابة و لا تنافى بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الاداء فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط و بطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة غير أنه تسلم لها الأكساب و الأولاد

---

فى كتابة أمها و هذا يؤدى كتابتها على نجوم أمها (فلو مات المولى بعد ذلك) أى بعد موت المكاتبة (عتق) أى الولد الثانى (و بطل عنه السعاية لأنه) أى لأن الولد الثانى (بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها) فهى لا تسعى بعد موت السيد و تعتق فكذا ولدها تبعاً لها (قال) أى القدورى (و إذا كاتب المولى أم ولده جاز) و القياس أن لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم تقومها فكيف يؤخذ بمقابلته بدل الكتابة لكن جوزه باعتبار أن عقد الكتابة ترد على المملوك ليتوسل به إلى ملك اليد و المكاسب فى الحال و الحرية فى ثانى الحال (لحاجتها) أى لحاجة أم الولد (إلى إستفادة الحرية قبل موت المولى) كحاجة غيرها (و ذلك بالكتابة) أى إستفادة الحرية بالكتابة فكان جائزاً (و لا تنافى بينهما) أى بين الكتابة و الإستيلاد و هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال أحدهما يقتضى العتق ببدل و الآخر بلا بدل و العتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين فقال لا تنافى بينهما (لأنه) أى لأن الشأن (تلقتها جهتا حرية) وهما حصول الحرية بالبدل معجلا و حصولها بلا بدل مؤجلا و قال ابن القاضى من أصحاب الشافعى لا يجوز كتابة أم الولد (فان مات المولى) يعنى قبل أداء بدل الكتابة (عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الاداء فإذا عتقت قبله) أى قبل الاداء (لا يمكن توفير الغرض عليه) أى على المولى (فسقط) أى بدل الكتابة (و بطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة) بالنسبة إلى البدل (غير أنه تسلم لها الأكساب و الأولاد) أى يعتق الأولاد و يخلص لها الكسب قال تاج الشريعة أى الأولاد التى اشترتها المكاتبة فى حال الكتابة لا الأولاد التى ولدت من مولاها لأنهم أحرار و هذا فى الحقيقة لدفع شبهة ترد و هى أن إستتباع الأولاد فى الحرية و الرقية بالأم إنما يكون ان لو كانت الأولاد متصلة بالأم حالة الحرية و الرقية و ههنا الأولاد منفصلة عنها حال عتقها فكيف يعتق الأولاد بعتقها عند موته فأجاب عنها بهذا و قال عدم العتق للأولاد المنفصلة

لأن الكتابة انفسخت في حق البدل و بقيت في حق الأولاد و الأكساب لأن الفسخ لنظرها و النظر فيما ذكرنا و لو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية قال و إن كاتب مدبرته جاز

---

إنما يكون إذا لم تكن الأولاد داخلة في كتابة الأم بطريقة التبعية و ههنا دخلت في كتابتها تبعاً لها فلذلك عتقوا بعتقها و بطلت الكتابة في حق الأم في حق البدل و تبقى في حقها في حق الأولاد و الأكساب و إليه أشار بقوله (لأن الكتابة انفسخت) أي في حق الأم (في حق البدل) أي بدل الكتابة (و بقيت) أي الكتابة (في حق الأكساب و الأولاد لأن الفسخ لنظرها) أي لأن فسخ الكتابة أي بطلانها لأجل نظرها (و النظر (١) فيما ذكرنا) و هو سقوط الكتابة في حق البدل و بقاؤها في حق الأولاد و الأكساب لأنه على تقدير إنفساخها في حق الأولاد و الأكساب تصير الأولاد أرقاء لورثة المولى و كذا تصير الأكساب ملكاً لهم و لا نظر لهم في ذلك قيل (٢) في كلام المصنفؒ تسامح لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له و المعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين و أجيب بأن للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب و جهة هي عليه و علل الثانية بالأولى و الأولى بالثانية (و لو أدت المكاتبة) بنصب المكاتبة أي لو أدت أم الولد بدل الكتابة و في بعض النسخ و لو أدت بدل الكتابة (قبل موت المولى عتقت بالكتابة) لا بالإستيلاد (لأنها باقية) أي لأن الكتابة باقية و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يعتق لبطلان الكتابة على ما ذكره ابن القاضيؒ (قال) أي القدوريؒ (و إن كاتب مدبرته جاز) و لا نعلم فيه خلافاً إلا ما روى عن الشافعي رحمه الله تعالى أن التدبير وصية و الكتابة رجوع عنها و إنما

---

(١) و النظر فيما ذكرنا. قال صاحب غاية البيانؒ و لقائل أن يقول النظر في إيفاء حقها إليها و حقها الحرية و قد حصل لا في ابطال حق الغير لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى و كلامنا فيه و لم تعتق هي قبل الموت بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة اهـ كذا في النتائج.

(٢) قيل الخ. كذا في العناية. قال العلامة قاضي زهؒ في النتائج: أقول هذا السوال ليس بشيء و جوابه ليس بسديد أما الأول فلأن المعلول الواحد بالشخص إنما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع و أما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين في موضعه و الأمر فيما نحن فيه و في سائر المسائل التي يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك فان المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر و أما الثاني فلأن كون المعلل بالعلة الأولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع لأن تلك الجهة أن يلزمه ايفاء البدل و قوله لامتناع إبقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لأن عدم الفائدة بسقوط بدل الكتابة عنها و إذا أسقط عنها البدل لا يلزمه إيفاؤه قطعا.

لما ذكرنا من الحاجة و لا تنافي إذ الحرية غير ثابتة و إنما الثابت مجرد الاستحقاق و إن مات المولى و لا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال المكاتبة و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى تسعى في الأقل منهما و قال محمد رحمه الله تعالى تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها و ثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار و المقدار فأبو يوسف رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المقدار و مع

---

وضع المسألة في المدبرة لمناسبة أم الولد و إن كانت هذه الأحكام في المدبر أيضاً كذلك و وضعها في المبسوط في المدبر (لما ذكرنا من الحاجة) عند قوله لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى و ذلك بالكتابة (و لا تنافي) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال التدبير يقتضي الحرية بلا بدل و الكتابة ببدل فبينهما منافاة فقال و لا تنافي أي بين الكتابة و التدبير (إذ الحرية غير ثابتة) في المدبرة (و إنما الثابت مجرد الاستحقاق) أي استحقاق الحرية لا حقيقتها فتوجهت إليها جهتا عتق عاجل ببدل و آجل بلا بدل فانتفى التنافي (و إن مات المولى و لا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) أراد ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة لأن الكتابة عقدت حال كونها مدبرة قيد بقوله و لا مال له غيرها لأنه لو كان له مال غيرها و هي تخرج من الثلث تعتق و يسقط عنها بدل الكتابة كما لو أعتقها ذكره في المبسوط و قد علم (١) أن المدبر يعتق من الثلث عند أكثر أهل العلم إلا عند النخعي و داود رحمهما الله تعالى (و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أي هذا المذكور من الخيار بين السعي في ثلثي القيمة و جميع بدل الكتابة هو عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و قال أبو يوسف تسعى في الأقل منهما) أي من ثلثي القيمة و جميع بدل الكتابة و لا تخير (و قال محمد رحمه الله تعالى تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها و ثلثي بدل الكتابة فالخلاف) بين أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى في موضعين (في الخيار و المقدار فأبو يوسف رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المقدار و مع

---

(١) و قد علم أن المدبر الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى ص٣٠٨ ج١٢. و يعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال في قول اكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي و ابن عمر رضي الله تعالى عنهما و به قال شريح و ابن سيرين و الحسن و سعيد بن المسيب و عمر بن عبدالعزيز و مكحول و الزهري و قتة و حم و مالك و أهل المدينه و الثوري و أهل العراق و الشافعي و اسحاق و ابو ثور و أصحاب الرأي رحمهم الله تعالى و روى عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و مسروق و مجاهد و النخعي و سعيد بن جبير رحمهم الله تعالى انه يعتق من رأس المال.

محمد رحمه الله تعالى في نفي الخيار أما الخيار ففرع تجزي الاعتاق و الإعتاق عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقاً و قد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير و مؤجلة بالكتابة فتخير و عندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة و وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير و أما المقدار فلمحمد رحمه الله تعالى أنه قابل البدل بالكل و قد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث

---

محمد رحمه الله تعالى في نفي الخيار أما الخيار ففرع تجزي الاعتاق و الاعتاق عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (لما تجزأ بقي الثلثان عبدا) لأنها لم تخرج من الثلث فعتق ثلثها و بقي ثلثاها و في بعض النسخ بقي الثلثان رقيقاً (و قد تلقتها جهتا حرية ببدلين) إحداهما (معجلة بالتدبير و) الأخرى (مؤجلة بالكتابة فتخير) على صيغة المجهول من المضارع لأن في التخيير فائدة و إن كان جنس المال متحدا لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل و أداء أقل المالين أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيدا (و عندهما) أي عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة و وجب عليها أحد المالين) و هما بدل الكتابة و القيمة (فتختار الأقل لا محالة) بفتح الميم لأن العاقل لا يختار إلا الأقل (فلا معنى للتخيير) لأنه لما بقي عليها بدل الكتابة حالاً و وجب عليها ثلثا القيمة بالتدبير حالاً لم يكن التخيير مفيداً فيلزمه أقل المالين بلا خيار كما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين فإنه يلزمه الأقل بلا خيار عندهم فكذا هنا فان قلت ينبغي أن تسعى في ثلثي قيمتها عندهما لأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير بعتق بعضها به و انفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها فحسب قلت صحة كتابة المدبرة للنظر لها و هو في أداء بدل الكتابة لاحتمال كونه أقل فجآء الاختيار (و أما المقدار فلمحمد رحمه الله تعالى أنه قابل البدل بالكل) أي أن المولى قابل بدل الكتابة بكل الذات لأنه أضاف العقد إلى ذاتها فقال كاتبتك على كذا و المحل قابل لها كالقنة فيصير كلها مكاتبة (و قد سلم لها الثلث) أي ثلث نفسها (بالتدبير) فيجب أن يسقط بقدره من ثلث البدل و به قال مالك رحمه الله تعالى (فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته) أي بمقابلة التدبير لأنه سقط من الثلث فإذا أوجبنا البدل بمقابلة الكل يكون خلفاً و هو باطل (ألا ترى) توضيح لما قبله (أنه) أي الشأن (لو سلم لها الكل) أي كل نفسها (بأن خرجت من الثلث

يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة و لهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء و هذا لأن البدل و إن قوبل بالكل صورة و صيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى و إرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً و الظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته و صار هذا

---

يسقط كل بدل الكتابة فههنا) يعني فيما إذا لم تخرج من الثلث (يسقط الثلث فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة) يعني لو كاتب عبده أولاً ثم دبره ثم مات و لا مال له سواه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق و هي المسألة التي تلي هذه المسألة لأنه عتق ثلثه بالتدبير و لهذا لو أدى كل البدل في حياته يعتق كله فلو كان ثلثه مستحقا بالتدبير و لم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله بالأداء (و لهما) أي لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء و هذا) أي بيان ذلك و توضيحه (لأن البدل و إن قوبل بالكل) أي لأن بدل الكتابة و إن قوبل بكل ذات المدبرة (صورة) أي من حيث الصورة حيث قال كاتبتك فإنه مقابل بكل صورة (و صيغة) أي و من حيث الصيغة أيضاً لأن كاف الخطاب عبارة عن كل الذات (لكنه) أي لكن كل البدل (مقيد بما ذكرنا) و هو مقابلة بثلثي رقبتها (معنى و إرادة) أي من حيث المعنى و الإرادة لأن البدل قوبل بما يصح مقابلته و ما لا يصح فصح فيما يصح مقابلته (لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً) يعني بالتدبير و لكن الاستحقاق غير متقرر لجواز أن تموت قبل المولى فإذا مات المولى تقرر الاستحقاق فبطلت الكتابة فعلم أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير و هو الثلثان (و الظاهر (١) أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء فان قلت لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل قلت إن هذا لا يلزم على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه لا يقول بتجزي الاعتاق و أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظراً للمدبر و ليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر و يغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراً له (و صار هذا) أي هذا الحكم

---

(١) و الظاهر أن الانسان الخ. أقول لمانع أن يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية و الثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج إلى استفة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها كذا قاله قاضي زه في النتائج.

كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا ههنا بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة و هي المسألة التي تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال و إن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا و لها الخيار إن شائت مضت على الكتابة و إن شائت عجّزت نفسها و صارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك

---

(كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة) أي إرادة المطلّق لأن الظاهر أنها تدفع الألف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لوقوع الطلقتين أولاً بلا مال ثم تطليقه ثلاثاً على ألف يدل على أن مراده مقابلة الألف بالواحدة الباقية فان قلت كيف تكون هذه المسألة مثل مسألة المدبرة التي كوتبت لأن وقوع الطلقتين هناك ظاهر فلأجل هذا جعل البدل بازاء ما بقي و أما هنا فللمدبرة حق العتق و الملك كامل فيها و لهذا حل وطيها فيجوز أن يثبت بازائه البدل قلت قد سقطت مالية هذا الثلث هنا و لهذا لو أتلفها إنسان لا يضمن إلا قيمة الثلثين فيكون البدل بازاء الباقي (كذا ههنا) أي كذا الحكم في مسألة المدبرة التي كوتبت (بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة) جواب عما قاسه محمدؒ بقوله و صار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة (و هي مسألة التي تليه) أي المسألة التي فيها تأخير التدبير عن الكتابة هي التي تلي الحكم الذي فيه تأخير الكتابة عن التدبير (لأن البدل مقابل بالكل إذ لا إستحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة (في شيء) فيكون البدل في مقابلة الكل فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (فافترقا) أي افترق حكم تقدم الكتابة على التدبير و حكم تأخرها فلم يصح قياس محمدؒ على تقدمها (قال) أي القدوريؒ (و إن دبر مكاتبته صح التدبير) و لا نعلم (١) فيه خلافا لأنه يملك تنجيز العتق فيها فيملك التعليق فيها بشرط الموت أيضاً و كذا الحكم في تدبير مكاتبه لكن ذكر لفظ التأنيث لما ذكرنا من المناسبة (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنها تلقتها جهتا حرية (و لها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة و إن شاءت عجّزت نفسها و صارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى لأن النفقة و الجناية على المكاتب في حال الكتابة و إذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك و في الذخيرة هذا فصل اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه و هو أن المكاتب إذا أراد تعجيز نفسه و قال المولى لا أعجزك هل تفسخ الكتابة قال محمد بن سلمةؒ إذا أبى المولى ذلك

---

(١) لا نعلم فيه خلافا كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى ص٤٣٣ ج١٢.

فإن مضت على كتابتها فمات المولى و لا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا تسعى في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فمتفق عليه و وجهه ما بينا قال و إذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق و قد حصل له دونه فلا يلزمه و الكتابة و إن كانت لازمة في جانب المولى و لكنها تفسخ برضاء العبد و الظاهر رضاه توسلا إلي عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له

التعجيز فله ذلك و لا تفسخ الكتابة بتعجيزه قال أبو بكر البلخيؒ هذا خلاف ما ذكره أصحابنا في كتبهم فانهم قالوا للعبد أن يعجز نفسه (فان مضت على كتابتها فمات المولى و لا مال (١) له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال (٢) ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (تسعى في الأقل منهما فالخلاف) بين أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى (في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا) أراد به قوله أما الخيار ففرع تجزى الإعتاق إلى آخره (أما المقدار) و هو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة أو قيمتها على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و كذا على قولهما (فمتفق عليه و وجهه ما بينا) أشار به إلى قوله لأن البدل مقابل بالكل إلى آخره هذا لهما أما محمدؒ فانه مر على أصله لا يحتاج إلى فرق (قال) أي القدوريؒ (و إذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لأنه) أي لأن المكاتب (ما التزمه) أي بدل الكتابة (إلا مقابلا بالعتق و قد حصل له دونه) أي حصل له العتق بلا بدل الكتابة (فلا يلزمه) أي إذا حصل له العتق بلا بدل فلا يلزمه البدل بعد (و الكتابة و إن كانت لازمة) جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال الكتابة لازمة من جانب المولى فلا تقبل الفسخ فقال و الكتابة و إن كانت لازمة (في جانب المولى و لكنه يفسخ) أي لكن عقد الكتابة يفسخ و في بعض النسخ لكنها تفسخ أي الكتابة تفسخ (برضاء العبد) لأن اللزوم كان لتعلق حقه فإذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو آجره برضاه (و الظاهر رضاه) أي رضا العبد (توسلا إلى عتقه بغير بدل) لأنه إذا رضى به ببدل فبلا بدل يكون أرضى (مع سلامة الأكساب له) هذا جواب عما عسى أن يقال قد يكون راضياً ببدل نظراً إلى سلامة الأكساب له فقد تكون

(١) و لا مال له غيرها. قيد به لأنه لو مات المولى موسرا بحيث تخرج المدبرة من الثلث عتقت بالتدبير و سقط عنها بدل الكتابة كما في الدر المختار. (٢) قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. و قولهما أظهر كما في المواهب أبو السعود عن الحموى كذا في الشامية.

**لأنا نبقي الكتابة في حقه قال و إن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسائة معجلة فهو جائز استحساناً و في القياس لا يجوز لأنه إعتياض عن الأجل و هو ليس بمال والدين مال فكان ربا و لهذا لا يجوز مثله في الحر و مكاتب الغير وجه الاستحسان**

---

الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها له جملة فقال الأكساب سالمة له (لأنا نبقي الكتابة في حقه) أي في حق الأكساب ذكر الضمير على تأويل المكسوب أو المال قال تاج الشريعة أي في حق الكسب أو المكاتب و قوله أو المكاتب لا وجه له على ما لا يخفى و قال الكاكي ذكر هذا دفعاً لشبهة ترد على قوله مع سلامة الأكساب له و هي ما يقال ينبغي أن لا تسلم له الأكساب و يجب أن يكون للمولى كما قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لأن الأكساب أكساب عبده كما لو عجز نفسه و عاد إلى الرق و الأكساب في يده بجامع أن في كل منهما انفساخ الكتابة فأجاب عنها بقوله لأنا نبقي الكتابة في حق الأكساب نظرا للمكاتب كما أن انفساخ الكتابة في حق سقوط البدل نظرا له و قال الاترازي و قوله مع سلامة الأكساب له يفهم منه أن الأكساب تسلم للمكاتب بعد الإعتاق و فيه نظر لأن الرواية لم توجد في كتب محمد رحمه الله تعالى و من بعده من المتقدمين كالطحاوي و الكرخي و أبي الليث و غيرهم رحمهم الله تعالى فينبغي أن يكون الأكساب للمولى بعد ما أعتقه كما بعد عجز المكاتب (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحساناً و في القياس لا يجوز) و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و في الحلية و به قال أبو يوسف و زفر رحمهما الله تعالى (لأنه إعتياض عن الأجل) أي لأن هذا الصلح إعتياض عما ليس بمال بما هو مال لأن الأجل غير مال و هو معنى قوله (و هو) أي الأجل (ليس بمال والدين مال فكان ربا) لأن الكتابة عقد معاوضة و هذا لا يجوز في عقد المعاوضة و إذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف و ذلك عين الربا لا يقال هلا جعلت إسقاطاً لبعض الحق ليجوز لأن الاسقاط إنما يتحقق في المستحق و المعجل لم يكن مستحقاً (و لهذا) أي و لكونه ربا (لا يجوز مثله) أي مثل هذا الصلح (في الحر) بأن كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلاً لا يجوز و قد مر في الصلح (و مكاتب الغير) بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة لا يجوز (و جه (١) الاستحسان

---

(١) وجه الاستحسان الخ. قال بعض العلماء فيه مناقشة ظاهرة إذ قد سبق أن الاستقراض جائز و بذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتأمل اه. أقول هذه المناقشة إنما تظهر أن لو أرادوا بنفي القدرة على الاداء إلا به نفي القدرة الممكنة و هي أدنى ما يتمكن به من الاداء و أما إذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة و هي ما يوجب اليسر على الاداء =>

**أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطى له حكم المال و بدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا و لأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه**

---

أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به) أي على أداء البدل إلا بالأجل (فأعطى له حكم المال و بدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به) أي ببدل الكتابة فلو كان مالاً من كل وجه لصحت الكفالة به (فاعتدلا) أي إذا كان الأمر كذلك فاعتدل الأجل و مال الكتابة تحريره أن الأجل مال من وجه باعتبار أنه لا قدرة له إلا به و بدل الكتابة مال من وجه دون وجه ألا ترى أنه لا يصلح نصابا للزكاة و المكاتب عبد و المولى لا يستوجب على عبده شيئاً فصار كالحقوق التي ليست بمال و لهذا لا تصح الكفالة به فإذا كان مالاً من وجه و الأجل أيضاً مال من وجه فاستويا (فلا يكون ربا) لوجود الاعتدال و هو المساواة و به قال أحمدؒ قيل فيه نظر من وجهين الأول: أن المال ما يتمول به و هو يعتمد الاحراز و ذلك في الأجل غير متصور الثاني: أن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظاً و معنى أما لفظاً فلأن أعطى متعد إلى مفعوليه بلا واسطة و قد استعمله باللام و أما معنى فلأنه قال الأجل في حق المكاتب مال من وجه فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه فات الاعتدال إذ الدين مال من وجه و إن أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل أجيب عن الأول بأن ما ذكرتم أن المال ما يتمول به و يحرز صحيح إذا كان مالا من كل وجه و ليس ما نحن فيه كذلك و إنما المراد به ههنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب و هو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم و عن الثاني بأن أعطى ضمن معنى اعتبر و معناه اعتبر للأجل حكم المال فإن الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء و لا يكون معتبراً فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحاً للعقد و نظراً للمكاتب (و لأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه) هذا وجه آخر للاستحسان تقريره أن عقد الكتابة عقد

---

=> كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الاداء في حق المكاتب إنما يتصور بالأجل لأنه يخرج عن يد المولى مفلسا فيمتنع الناس غالبا عن إقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الأجل و إن أمكن في الجملة على أن المصنفؒ و أضرابه لم يتشبثوا في تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا إن عقد الكتابة عقد معاوضة و البدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه و ان مبنى الكتابة على المساهلة فيملهله المولى و متى امتنع من الاداء في الحال يرد إلي الرق اهـ فلم يتم قول ذلك المناقش و بذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر كذا قاله قاضي زهؒ في النتائج.

و الأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا و الأجل فيه شبهة قال و إذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة و قيمته ألف ثم مات و لا مال له غيره و لم يجز (١) الورثة فإنه يؤدى ثلثي الألفين حالا و الباقي إلى أجله أو يرد رقيقاً عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى يؤدى ثلثي الألف حالاً و الباقي

---

من وجه لأنه معاوضة دون وجه لأنه إسقاط باعتبار أنه فك الحجر و لعقد الكتابة شبه بالتعليق بالشرط لأنه تعليق العتق بشرط الأداء فيكون من هذا الوجه يميناً (و الأجل ربا من وجه) دون وجه لأن حقيقة الربا يكون بين المالين و الأجل ليس بمال (فيكون شبهة الشبهة) أى يكون كون الأجل ربا شبهة وقعت فى شبهة العقد فشبهة الشبهة لا اعتبار لها و الشبهة هى المعتبرة دون شبهة الشبهة فإن قلت لو كان عقد المكاتبة عقداً من وجه كما ذكرتم كان ينبغى أن يجوز بيع المولى من مكاتبه درهما بدرهمين و ذا لا يجوز ذكره فى المبسوط قلت المكاتب كالأجنبى من وجه فيجرى بينهما صريح الربا دون شبهته لما ذكرنا كذا ذكره المحبوبى (بخلاف العقد بين الحرين) جواب عن قوله و لهذا لا يجوز مثله فى الحر تقريره أن العقد أى عقد الصلح بين الحرين على الوجه المذكور إنما لا يجوز (لأنه عقد من كل وجه فكان ربا و الأجل فيه شبهة) فاعتبرت فلذلك لم يصح (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا كاتب المريض عبده على ألفي (٢) درهم إلى سنة و قيمته ألف) أى و الحال أن قيمة المكاتب ألف درهم (ثم مات) أى المولى (و لا (٣) مال له غيره) أى و الحال أنه لا مال للمولى غير المكاتب (و لم يجز الورثة) أى التأجيل لأن المريض لم يتصرف فى حق الورثة إلا فى حق التأجيل فكان لهم أن يردوه إذ بتأجيل المال أخر حقهم و فيه ضرر عليهم فلا يصح بدون إجازتهم (فإنه) أى المكاتب (يؤدى ثلثي الألفين حالاً) و هو ألف و ثلثمائة و ثلاثة و ثلاثون درهما و ثلث درهم (و الباقى) بنصب الياء أى و يؤدى الباقى و هو ستمائة و ستة و ستون درهما و ثلثا درهم (إلى أجله) الذى عينه المولى (أو يرد رقيقاً) أى أو يرد المكاتب إلى الحالة التى كان فيها رقيقاً (عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى يؤدى ثلثي الألف حالا و الباقي) أى يؤدى الباقي

---

(١) لم يجز. ن. لم تجز. (٢) ألفى درهم. قال فى الحقائق التقدير ليس بلازم بل المراد أن بدل الكتابة أكثر من قيمته ابن كمال و لو استويا بأن كان البدل ألفا وجب تعجيل ثلثي الألف اتفاقا كما فى حاشية أبي السعود عن المفتاح كذا فى الشامية. (٣) و لا مال له غيره الخ. أما إذا ترك مالاً غيره يخرج هذا البدل من ثلثه صح التاجيل فيه لأن الوصية تصح بعينه فلأن تصح بتأجيله أولى كذا ظهر لى و حرره ط. كذا فى الشامية.

إلى أجله لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها فصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل لهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدال و حق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل و التأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لأن البدل فيه

---

(إلى أجله) الذى عينه (لأن له) أى للمريض (أن يترك الزيادة) أى على القيمة لأنه لم يتعلق بها حق الورثة ثم فسر ترك الزيادة على القيمة بقوله (بأن يكاتبه على قيمته) أى على قدر قيمته و هو الألف (فله) أى فللمولى (أن يؤخرها) أى الزيادة لأنه لما جاز له ترك أصله جاز له ترك وصفه و هو التعجيل بالطريق الأولى قال صاحب العناية و لو قال لأن له أن يترك الزيادة و ثلث الألف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل قلت لما كان جواز ترك الزيادة على القيمة لعدم تعلق حق الورثة بها فكذلك ترك ثلث الألف لأنه لا حق لهم فيها و حقهم فى الثلثين فمن فهم ذلك يلزمه فهم هذا فلا حاجة حينئذ إلى ما ادعاه من الأحسنية (فصار) أى حكم هذا (كما إذا خالع المريض إمرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل) أراد أنه لو خالع امرأته فى مرض موته على ألف إلى سنة و لا مال له غيره و لم يجز الورثة التأجيل فإنه يعتبر من كل المال لأنه لو تركه صح بأن يطلقها بلا بدل فصح تأجيله (لهما) أى لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليه) على بدل الرقبة و فى بعض النسخ عليها قال الكاكى رحمه الله تعالى أى على الزيادة و قال الأترازى رحمه الله تعالى و التأنيث بتأويل العين التى كوتب عليها و إنما قال هذا دفعاً لوهم من يقول إن الكتابة صلة لأنه بدل ما ليس بمال و هو فك الحجر فكان كالخلع و كان قياس محمد رحمه الله تعالى صحيحاً فقال إن له حكم العوض و لهذا لو كان بدل الكتابة داراً يأخذها الشفيع (أحكام الأبدال) من جواز المرابحة على الألفين و جواز الحبس على المماطلة و الأخذ بالشفعة فإنه لو باع داراً قيمتها ألف بألفين فالشفيع يأخذها بألفين و كذا لو باعها المشترى مرابحة يبيعها بألفين و لو أدى المشترى ألفاً و ماطل فى ألف للبائع أن يحبسه (و حق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل) لأن المبدل لما كان متقوماً كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة و ما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه (و التأجيل إسقاط معنى) أى إسقاط حق الورثة معنى (فيعتبر) أى التأجيل (من ثلث الجميع) أى جميع البدل (بخلاف الخلع لأن البدل فيه

---

(١) لم يجز. ن. لم تجز.

لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل و نظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة و قيمتها ألف ثم مات و لم يجز الورثة فعندهما يقال للمشترى أدّ ثلثى جميع الثمن حالاً و الثلث إلى أجله و إلا فانقض البيع و عنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال و إن كاتبه على ألف إلى سنة و قيمته ألفان و لم يجز الورثة يقال له أد ثلثى القيمة حالاً أو ترد رقيقاً فى قولهم جميعاً لأن المحاباة ههنا فى القدر و التأخير فاعتبر الثلث فيهما

---

لا يقابل المال) لأن البضع فى حالة الخروج لا يعتبر مالاً (فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل) أراد أن حق الورثة لم يتعلق بالمبدل لكونه غير مال فكذا لا يتعلق بالبدل (و نظير هذا) أى نظير أصل المسألة المذكورة (إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة و قيمتها ألف ثم مات و لم يجز الورثة) أى التأجيل (فعندهما) أى عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (يقال للمشترى أد ثلثى جميع الثمن حالاً و الثلث إلى أجله) أى أداء الثلث إلى أجله الذى عينه (و إلا) أى و إن لم ترض بذلك (فانقض البيع و عنده) أى عند محمد رحمه الله تعالى (يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه) أى على الثلث فيقال له عنده عجل ثلثى القيمة و الباقى عليك إلى أجل (لما بينا من المعنى) أشار به إلى ما ذكر من الدليل من الطرفين و الحاصل أن المحاباة بالأجل تعتبر فى جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لأن التأجيل تبرع من المريض من حيث أن الوارث يصير ممنوعاً عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعاً بنفس التبرع و تبرع المريض يعتبر من ثلث المال و جميع الثمن هنا بدل الرقبة لجريان أحكام الأبدال كما ذكرنا و عند محمد رحمه الله تعالى الأجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال و يعتبر فى قدر القيمة من الثلث (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير رحمه الله تعالى (و إن كاتبه على ألف إلى سنة و قيمته ألفان) أى و الحال أن قيمة المكاتب ألفان (ولم يجز الورثة يقال له أد ثلثى القيمة حالاً أو ترد رقيقاً فى قولهم (١) جميعاً لأن المحاباة ههنا فى القدر) و هو إسقاط ألف درهم (و التأخير) و هو تأجيل الألف الأخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أى يصح تصرفه فى ثلث قيمته فى الإسقاط و التأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضاً و لم يصح تصرفه فى ثلثى القيمة لا فى حق الإسقاط و لا فى حق التأخير و الله أعلم.

---

(١) فى قولهم جميعا. و الفرق لمحمد رحمه الله تعالى بين هذه و بين الأولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض فى الأولى حتى كان يملك إسقاطها بالكلية بأن يبيعه بقيمته فتأخيرها أولى لأنه أهون من الاسقاط و هنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته فلا يملك إسقاط ما زاد على ثلث قيمته و لا تأجيله لأن حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الأولى كذا فى التبيين.

## باب من يكاتب عن العبد

قال و إذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق و إن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب و صورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه بحكم الشرط و إذا قبل العبد صار مكاتباً لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته و قبوله إجازة و لو لم يقل على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لأنه لا شرط و العقد موقوف و في الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق

---

(باب من يكاتب عن العبد)

أي هذا باب في بيان من يكاتب بطريق الفضول أو النيابة عن العبد و تأخيره عن تصرفات الأصيل ظاهر البرهان (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق و إن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) أي يصير مكاتباً و قوله عن عبد أي قبل الحر الأجنبي عقد الكتابة عن العبد فضولياً و قيد بالحر احترازاً عن المسألة التي تليها (و صورة المسألة) أي المسألة المذكورة (أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك الفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه) أي بأداء الحر و ذا يصح من غير قبول العبد و لا نعلم فيه خلافا (بحكم الشرط) لأنه تعليق العتق بأداء الألف (و إذا قبل العبد صار مكاتباً) خلافاً للثلاثة رحمهم الله تعالى فان عندهم يبطل العقد و لا يتوقف (لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته) أي على إجازة العبد (و قبوله إجازة) لأنه عقد جرى بين فضولي و مالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء و لو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا إذا أجاز بعد العقد (و لو لم يقل على أني) أي لو لم يقل الحر المذكور لمولى العبد على أني (إن أديت إليك ألفاً فهو حر) بل قال كاتبه على ألف فقال كاتبته فقال قبلت عنه (فأدى) أي الحر الألف (لا يعتق قياساً) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأنه لا شرط) حتى يعتق بوجوده (و القعد موقوف) على إجازة العبد فإن أجاز جاز لما قلنا (و في (١) الاستحسان يعتق لأنه (٢) لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق) أي في توقف العتق

---

(١)و في الاستحسان الخ. توضيحه أن الكتابة تضمن تعلق العتق بالأداء و لزوم المال على العبد و الحر القابل و إن لم يصلح أصيلا في حق لزوم المال فهو يصلح أصيلا في حق التعليق كذا في الحواشي اللكنوية. (٢)لأنه لا ضرر الخ. و هذا لأن المولى ينفرد بايجاب العتق و الحاجة إلى قبول المكاتب لأجل البدل فاذا تبرع الفضول =>

بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم و يتوقف في حق لزوم الألف على العبد و قيل هذه هي صورة مسألة الكتاب و لو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لأنه متبرع.

(بأداء القائل فيصح) أي العقد (في حق (١) هذا الحكم و يتوقف في حق لزوم الألف على العبد) نظراً للعبد و تصحيحاً للعقد بقدر الإمكان فان قلت ما الفرق بينه و بين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيما له و فيما عليه و ههنا لا يتوقف فيما له قلت إن ما له ههنا إسقاط و هو لا يتوقف على القبول و ما عليه إلزام و هو يتوقف عليه (و قيل هذه هي صورة مسألة الكتاب) أراد أن المسألة التي قال فيها كاتب عبدك على ألف و لم يقل على أني إن أديته إليك الفاً فهو حر هي صورة مسألة الجامع الصغير و أشار بهذا إلى أن شراح الجامع الصغير رحمهم الله تعالى اختلفوا في صورة المسألة فصورها بعضهم بما ذكره بقوله و صورة المسألة أن يقول إلى آخره و صورها آخرون بما ذكره بقوله و لو لم يقل على أني إلى آخره (و لو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لأنه متبرع) حيث لم يأمره بالأداء و لا هو مضطر في أدائه و هل له أن يسترد ما أدى إلى المولى قلنا إن أداه بحكم الضمان يسترده لأن ضمانه كان باطلا و صورته أن يقول كاتب عبدك على ألف على أني ضامن يرجع عليه لأن ضمانه كان باطلا لأنه ضمن غير الواجب و إن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع فلو أدى البعض له أن يرجع سواء أدى بضمان أو بغير ضمان و لكن لو أدى البعض بعد إجازة العبد لا يرجع لأن ثمة حصل مقصود آخر و هو براءة ذمة العبد عن بعض البدل هذا إذا أراد أن يرجع على المولى قبل إجازة العبد فلو أراد الرجوع بعد إجازة العبد فلو أدى بحكم الضمان يرجع لما ذكرنا و إن أدى بغير ضمان لا يرجع سواء أدى الكل أو البعض هذا إذا قال الحر للمولى كاتب عبدك على ألف فان قال أعتقه بألف فهو على أربعة أوجه إما أن يقول أعتقه بألف و لم يزد عليه أو قال أعتقه عني بألف أو قال أعتقه بألف عليّ أو قال أعتقه عن نفسك بألف عليّ ففي الأول لا يجب على الفضولي شيء إذا أعتقه و لو أدى يسترده منه و لو استهلكه يضمنه و في الثاني يقع العتق عن الآمر و يلزمه المال عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى استحساناً اقتضاء و في الثالث لا يلزمه شيء من المال لأن الولاء يثبت للمأمور فهو المنتفع بملكه فلا يستوجب البدل على الآمر بخلاف ما لو قال طلق امرأتك عليّ ألف على حيث تلزم الألف الآمر لأنه لا منفعة

=> باداء البدل و تصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر و لا ضرر عليه في عتقه عند تبرع الغير باداء البدل عنه فتنعقد الكتابة في حق هذا الحكم و تتوقف في حكم لزوم الألف على العبد كذا في الكفاية.

(١) في حق هذا الحكم الذي هو موجب عقد الكتابة و هو تعلق عتق العبد على اداء القائل كذا في الحواشي اللكنوية.

قال و إذا كاتب العبد عن نفسه و عن عبد آخر لمولاه و هو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا و معنى المسألة أن يقول العبد كاتبنى بألف درهم على نفسي و على فلان الغائب و هذه الكتابة جائزة استحساناً و فى القياس يصح (١) على نفسه لولايته عليها و يتوقف (٢) فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر باضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا و الغائب تبعاً و الكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها و ليس عليهم من البدل شيء

للزوج فى إيقاع الطلاق كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي و الصدر الشهيد رحمهما الله تعالى و ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى أن المال يلزم الآمر بالإعتاق و يقع العتق عنه لأن قوله عليّ إيجاب ضمان على نفسه و لا صحة له إلا بعد وقوع العتق عنه و فى الوجه الرابع لا يلزمه المال و له أن يسترده إذا أداه إليه كما فى قوله كل طعامك بعوض عليّ بخلاف قوله طلق امرأتك عن نفسك بألف عليّ حيث يلزمه الألف لما ذكرنا كذا فى جامع المحبوبيّ و مبسوط شيخ الاسلامؒ (قال) أى محمدؒ فى الجامع الصغير (و إذا كاتب العبد عن نفسه و عن عبد آخر لمولاه و هو غائب) أى و الحال أن العبد الآخر غائب (فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) أى عتق الشاهد و الغائب جميعاً (و معنى المسألة) أراد شرح المسألة المذكورة المنقولة من الجامع الصغير (أن يقول العبد) لمولاه (كاتبنى بألف درهم على نفسي و على فلان الغائب و هذه الكتابة جائزة استحساناً و فى القياس تصح) أى الكتابة (على نفسه لولايته عليها و تتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه) كما لو جمع بين عبده و عبد غيره فباعهما و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى لا تصح فى حق العبد الغائب (وجه الاستحسان أن الحاضر باضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا و الغائب تبعاً و الكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها و ليس عليهم من البدل شيء) فاذا نفذ العقد فلا يتوقف على قبول الغائب و ليس على الغائب شيء من بدل الكتابة و لا يعتبر رده الكتابة و إجازته و لو اكتسب شيئاً لا يأخذه المولى من يده و ليس للمولى أن يبيعه من غيره و لو أبرأه المولى أو وهبه بدل الكتابة لا يصح إذ ليس عليه شيء من البدل أما لو أبرأ الحاضر أو وهبه البدل عتقا جميعاً كذا ذكره المحبوبيّ وغيره فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه حتى أن المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البدل شيء و يعتق الأولاد إذا أعتق المولى الأم بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه

(١) يصح. ن. تصح. (٢) يتوقف. ن. تتوقف.

و إذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر فله أن ياخذه بكل البدل لأن البدل عليه لكونه أصيلا فيه و لا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه قال و أيهما أدى عتقا و يجبر المولى على القبول أما الحاضر فلأن البدل عليه و أما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية و إن لم يكن البدل عليه و صار كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه و إن لم يكن الدين عليه

---

حيث أضيف العقد إليهما مقصوداً حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه و بطلت الكتابة و لا يعتق العبد الغائب و إذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبة و يجب على الحاضر حصته لا غير و لا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها للقياس و أما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة إصالة أو لا تصحيحاً للعقد و نظرا للمكاتب و لاشتماله (١) على المسامحة (و إذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر فله) أي فللمولى (أن يأخذه) أي أن يأخذ العبد الحاضر (بكل البدل لأن البدل عليه لكونه أصيلا فيه و لا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه) أي في العقد و هذا يدلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه (٢) (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و أيهما) أي من الشاهد و الغائب (أدى عتقا) أي عتق الشاهد و الغائب قيل هذا تكرار لأنه قال في أول المسألة فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا و أجيب بأنه أعاده تمهيداً لقوله (و يجبر المولى على القبول) و في القياس لا يجبر في الغائب و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى لأن الغائب متبرع غير مطالب بشيء من البدل و لكن الاستحسان أن يجبر عليه حتى يعتقان جميعاً بأداء الغائب لأن حكم العقد ثبت في الغائب فيما لا يضر به و لكنه بمنزلة التبع بحكم العقد في حق الحاضر و في جامع المحبوبي إلا أنه يقبل منه المال حالاً و لا يمكن من السعاية على نجوم الحاضر نص عليه محمد رحمه الله تعالى في المكاتب و أشار المصنف إلى وجه الاستحسان بقوله (أما الحاضر فلأن البدل عليه و أما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية و إن لم يكن البدل عليه و صار كمعير الرهن إذا أدى الدين) بأن استعار إنسان من آخر شيئاً ليرهن ثم أدى المعير الدين (يجبر المرتهن على القبول لحاجته) أي لحاجة معير الرهن (إلى استخلاص عينه) و في بعض النسخ إلى استخلاص الرهن منه (و إن لم يكن الدين عليه) اي على معير الرهن فكذا ههنا يجبر المولى على القبول من الغائب و إن

---

(١)و لاشتماله على المسامحة أقول عطف على قوله تصحيحا كذا في السعدية. (٢)عليه أى على الغائب.

قال و أيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى ديناً عليه و الغائب متبرع به غير مضطر إليه قال و ليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء و الكتابة لازمة للشاهد لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال و إذا كاتبت الأمة عن نفسها و عن ابنين لها صغيرين فهو جائز

لم يكن البدل عليه لأنه محتاج إلى استفادة الحرية (قال و أيهما) أى أيّ من الحاضر و الغائب (أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى ديناً عليه) و مثله لا يرجع (و الغائب متبرع به) أى بالأداء (غير مضطر إليه) أى من جهة الحاضر بخلاف معير الرهن فانه مضطر فيه فان قيل الغائب ههنا كمعير الرهن و معير الرهن مضطر و لهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطر إليه فالجواب أنه كهو فى حق جواز الأداء من غير دين عليه لا فى الاضطرار فان الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل و ههنا ليس كذلك بل إنما هو بعرضية أن تحصل له الحرية و هذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسراناً فان قلت حق الحرية حاصل بالكتابة و ربما فانه لو لم يؤده فكان مضطراً قلت هو (١) متوهم و حق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (٢) (قال و ليس للمولى أن يأخذ) أى أن يطالب (العبد الغائب بشيء) اجاز الغائب أو لم يجز (لما بينا) أراد قوله لأنه تبع فيه (فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء) يعنى لا يؤثر (٣) قبوله فى لزوم بدل الكتابة عليه و كذلك رده لا يؤثر فى رد عقد الكتابة عن الحاضر (و الكتابة لازمة للشاهد) و إن رده الغائب و المراد بالشاهد العبد الحاضر (لأن الكتابة نافذة عليه) أى على الشاهد (من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله) أى بقبول الغائب (كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى) أى الكفيل (لا يرجع عليه) أى على المكفول عنه (كذا هذا) أى حكم الغائب (قال و إذا كاتبت الأمة) يعنى إذا قبلت الأمة عقد الكتابة (عن نفسها و عن إبنين لها صغيرين فهو جائز) يعنى العقد جائز و الحكم فى العبد كذلك و ليس فى وضع المسألة فى الأمة فائدة سوى ما ذكره الفقيه أبو جعفرؒ فى كشف الغوامض بقوله إن لهذه الرواية أى لرواية الجامع الصغير من الفائدة ما ليس فى مكاتب المبسوط فان هناك وضع المسألة فيمن كاتب عبده على نفسه و أولاده الصغار

(١)هو أى حق الحرية. (٢)به أى بالمتوهم. (٣)لا يؤثر قبوله الخ. و به ظهر الفرق بين هذه و بين المسئلة السابقة حيث قدم أنه إذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا يعنى نفذت الكتابة فى حق لزوم البدل عليه كما قدمناه فتدبر و قد توقف فيه الوانىؒ و أقره نوح أفندىؒ كما ذكره أبو السعودؒ كذا فى الشامية.

و أيهم أدى لم يرجع على صاحبه و يجبر المولى على القبول و يعتقون لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة و أولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى و هي أولى بذلك من الأجنبي

فلولا رواية الجامع الصغير كان لقائل أن يقول للأب على الصغير من الولاية ما ليس للأم فبرواية الجامع الصغير تبين أن ذلك كله سواء و إنما قيد بالصغير ليدل بذلك أن لا أثر لقبول الغائب أو رده ثم فائدة وضع المسألة في الصغيرين دون الصغير هي أن أيهم أدى لم يرجع على صاحبه و يعتقون لأنه لولا هذا الوضع كان لقائل أن يقول في مثل هذا إذا أدى أحد الإبنين ينبغي أن لا يعتق الإبن الآخر لأنه لا إصالة بينهما و لا تبعية بخلاف الأمة و ابنها فان أداء الأم كأداء إبنها بطريق أنها تستتبعه و كذلك أداء الابن كأداء أمه لدخوله في كتابتها تبعاً و أما أداء هذا الابن ليس كأداء أخيه لما أنه لا تبعية بينهما و لهذا وضع هذه المسألة في المبسوط في الأولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة و لكن اختار في الجامع الصغير لفظ التثنية لأنه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة و قال تاج الشريعةؒ إنما قيد بالصغيرين ليجوز مطلقاً قياساً و استحساناً (و أيهم (١) أدى يرجع على صاحبه و يجبر المولى على القبول و يعتقون لأنها جعلت (٢) نفسها أصلا في الكتابة و أولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى) و هي كتابة العبد عن نفسه و عن العبد الغائب و ذلك لأن الأم إذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها و كل من الولدين إذا أدى فهو متبرع غير مضطر فيه و في ذلك لا رجوع فان قلت إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر لأنه لا إصالة بينهما و لا تبعية قلت إن أحدهما إذا أدى كان أداؤه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه و لو أدت الأم عتقوا فكذا إذا أدى أحدهما (و هي أولى بذلك من الأجنبي) أي الأم أولى بذلك من الأجنبي قال تاج الشريعةؒ أي من العبد الاجنبي أي لما جاز هذا العقد في حق الأجنبي على ما ذكر في المسألة الاولى فأولى أن يجوز عقد الأم في حق ولدها لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي قال صاحب العنايةؒ لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أن ثبوت الجواز ههنا قياس و استحسان لأن الولد تابع لها بخلاف الأجنبي و أرى أنه الحق و الله أعلم قلت أشار بذلك إلى ما قاله تاج الشريعةؒ بقوله إنما قيد بالصغيرين ليجوز مطلقاً قياساً و استحساناً و قد ذكرناه آنفاً.

(١) و أيهم أي من الأم أو الابنين إذا كبرا اتقاني كذا في الشامية. قال الزيلعيؒ في التبيين: و قبول الأولاد الكتابة و ردهم لا يعتبر و لو اعتق المولى الأم بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها في الحال بخلاف الولد المولود في الكتابة أو المشترى حيث يعتق بعتقها و يطالب المولى الأم بالبدل دونهم و لو أعتقهم سقط عنها حصتهم و عليها الباقي على نجومها و لو اكتسبوا شيئا ليس للمولى أن يأخذه و لا له أن يبيعهم و لو أبرأهم عن الدين أو وهبهم لا يصح و لها يصح فتعتق و يعتقون معها لما ذكرنا في كتابة الحاضر مع الغائب. (٢) لأنها جعلت الخ. و ليس بطريق الولاية إذ لا ولاية للحرة على ولدها فكيف الأمة اتقاني كذا في الشامية.

## باب كتابة العبد المشترك

**قال و إذاكان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم و يقبض بدل الكتابة فكاتب و قبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هو مكاتب بينهما و ما أدى فهو بينهما و أصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما بمنزلة العتق (١) لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ**

---

(باب (٢) كتابة العبد المشترك)

أى هذا باب فى بيان أحكام العبد المشترك و لما كان الواحد قبل الاثنين قدم حكم كتابة الواحد ثم أعقبه بحكم كتابة الاثنين و ما فوقهما(قال) أى محمدٌ فى الجامع الصغير (و إذا كان العبد بين رجلين) و فى بعض النسخ بين شريكين و هى (٣) أولى (أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه) بأن قال كاتب نصيبك من العبد (بألف درهم و يقبض) بنصب الضاد أى و أن يقبض (بدل الكتابة فكاتب و قبض بعض الألف ثم عجز) أى العبد (فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هو مكاتب بينهما) أى بين الشريكين (و ما أدى) أى المكاتب من المال (فهو بينهما) أى بين الشريكين (و أصله) أى أصل الاختلاف و قال الكاكىّ أى أصل قوله فالمال للذى قبض الخ (أن الكتابة تتجزأ عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (خلافاً لهما بمنزلة الاعتاق) أى بمنزلة تجزؤ الإعتاق عنده خلافاً لهما و لما كانت لا تتجزأ عندهما كان بكتابة أحدهما نصيبه صار كله مكاتباً على ما يجىء الآن (لأنها) أى لأن الكتابة (تفيد الحرية من وجه) لأنه يكون حراً من حيث اليد (فتقتصر على نصيبه عنده) أى فتقتصر الكتابة على نصيب المكاتب بكسر التاء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (للتجزؤ) أى لأجل تجزؤ الكتابة

---

(١)العتق. ن. العتاق. (٢)باب كتابة العبد المشترك الخ. لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع فى كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك كذا فى غاية البيان و قال اكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد أقول الوجه الأول هو الراجح لأن الوجه الثانى لا يتمشى فى المسئلة الاولى من هذا الباب على قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف الوجه الأول تأمل تقف كذا فى الأفكاز. (٣)و هى أولى. أقول وجه الأولوية أن حكم هذه المسئلة يعم ما إذا كان العبد بين رجلين و ما إذا كان بين رجل و إمرأة أو بين إمرأتين و لفظ شريكين ينتظم الكل إما بجعل الشريك فعيلا بمعنى مفعول من شركه فى كذا فان كلاً من المتشاركين فى أمر شارك فيه و مشروك و الفعيل بمعنى المفعول يستوى فيه المذكر و المؤنث أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا فى لفظ التابع و نحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر و المؤنث على السوية كذا فى الأفكار.

و فائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن

(و فائدة الإذن) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إذا كانت الكتابة تتجزأ فما الفائدة في إذن أحدهما للآخر بالكتابة فقال و فائدة الإذن (أن لا يكون له) أي للشريك الذي لم يكاتب (حق الفسخ كما يكون له) أي حق الفسخ (إذا لم يأذن) أي الشريك الذي لم يأذن قال الكاكيّ إنما ذكر هذا يعني قوله و فائدة الإذن لئلا يتوهم أن الإذن شرط في حق جواز كتابة نصيبه فإنه لو كاتب نصيبه صحت الكتابة و نفذت بالإجماع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في نصيبه و عندهما في الكل و يثبت للساكت حق الفسخ بالاتفاق فلو لم يفسخ حتى أدى البدل عتق حظه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و للساكت أن يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من البدل لأنه عبد مشترك قلت (١) كيف يقول نفذت بالاجماع و فيه خلاف مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى على ما نبين فنقول إن إذن أحد الشريكين للآخر بالكتابة جازت خلافاً لمالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و بغير الاذن أيضاً يجوز عندنا و لكن لصاحبه نقضه و قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى لا يجوز و قال أحمد و الحسن و ابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى يجوز بغير الاذن أيضاً و لا ينقضه صاحبه فإن قيل الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال و لو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن أين ذلك في الكتابة أجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة و إنما هي تشتمل عليها فيجوز (٢) أن يكون لها حكم تختص به و هو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه و هو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة و تصرف الانسان في خالص حقه إنما يسوغ إذا لم يتضرر به الغير ثم المحل و هي الكتابة تقبل الفسخ و لهذا يفسخ بتراضيهما فتحقق (٣) المقتضي و انتفى المانع و أما المعاني المذكورة فالمعاوضة و إن قبلت الفسخ لكن (٤) ليس فيها ضرر لصاحبه فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه و الاعتاق و التعليق و إن كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ أما (٥) الاعتاق فظاهر و أما التعليق فلأنه يمين ثم اعلم أن

(١)قلت الخ. أقول هذا الاعتراض ليس بسديد لأن الظاهر أن مراد الكاكيّ بالاجماع ههنا إجماع الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى للاحناف لا اجماع أئمة المذاهب الأربعة. (٢)فيجوز إلى قوله للشريك الساكت بالكتابة. أقول قوله هو في قوله و هو ولاية الفسخ راجع إلى قوله حكم و قوله ببطلان متعلق بقوله الضرر و قوله للشريك متعلق بقوله إلحاق و قوله بالكتابة متعلق بقوله إلحاق أيضا. (٣)فتحقق المقتضي يعني إلحاق الضرر و انتفى المانع يعني عدم قبول الفسخ. (٤)لكن ليس فيها ضرر. أقول فلم يتحقق فيها المقتضي. (٥)أما الاعتاق إلى قوله يمين. أقول فلم ينتف فيهما المانع.

و إذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعاً بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له

هذا الذى ذكرنا إذا كاتبه أحد الشريكين فأما إذا كاتبه الشريكان معاً كتابة واحدة يجوز و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى فإذا أدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه منه ما لم يؤد جميع بدل الكتابة إليهما و إذا أعتقه أحدهما جاز و كذا لو أبرأه من نصيبه أو وهبه له عتق ثم المكاتب بالخيار بعد اعتاق أحدهما إياه إن شاء عجز و يكون الشريك بالخيار بين التضمين و السعاية في نصف القيمة و العتق فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و بين العتق و السعاية إن كان المعتق معسراً و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يضمن المعتق نصف قيمته إن كان موسراً و يسعى العبد شفى نصف قيمته إن كان معسراً و عند محمد رحمه الله تعالى يضمن الأقل من نصف القيمة و نصف ما بقى من كتابته و كذا العبد يسعى فى الأقل عند عسرة المعتق كذا فى المبسوط (و إذنه له) أي و إذن الشريك الذى لم يكاتب للشريك الذى كاتب (بقبض البدل) أى بدل الكتابة (إذن للعبد بالأداء فيكون) أى الشريك الآذن (متبرعاً بنصيبه) من الكسب (عليه) قال صاحب العناية أى على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له و يجوز أن يكون ضمير عليه للعبد أى فيكون الآذن متبرعاً بنصيبه على العبد ثم على الشريك قلت فيه تعسف و الضمير للعبد كما قال غيره من الشراح (فلهذا) أى فلأجل كون الشريك الآذن متبرعاً بنصيبه من الكسب (كان كل المقبوض له) أى للشريك المكاتب ثم إذا تم تبرع الآذن بقبض الشريك لم يرجع فإن قيل المتبرع له أن يرجع بما تبرع به إذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن عن المشترى ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع و هو سلامة المبيع للمشترى و كمن تبرع بالمهر عن الزوج ثم جآءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع به لأن مقصود المتبرع سلامة منفعة البضع للزوج و لم يحصل فههنا أيضاً مقصود الآذن بالتبرع حصول عتقه و لم يحصل بالعجز أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث أن مقصود الآذن قضاء دينه من ماله و بعد العجز صار عبداً له من كل وجه و المولى لا يستوجب على عبده شيئاً بخلاف البائع أو الزوج لأن ذمتهما صالحة لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده و فى الكافى ليس للساكت أن يأخذ منه نصيبه لأن الاذن له بقبض البدل إذن للمكاتب بالأداء و الاذن بالأداء تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب و قد تم بقبض المكاتب فسلم له كله كرب الوديعة إذا أمر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هذا إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه لأنه تبرع و لم يتم و لو أذن و هو مريض و

و عندهما الاذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزى فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما و المقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال و إذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها و صار نصيبه أم ولد له لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر (١) أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة

---

أدى من كسب بعض الكتابة صح من كل ماله لأن الكسب إذا لم يكن موجوداً حالة الاذن فالآذن لم يتبرع بشيء من ماله حتى يعتبر من الثلث و إنما يتبرع بمنافع العبد حيث اذن له بصرفها في أداء بدل الكتابة و تبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لا من الثلث لأن حق الورثة يتعلق بالأعيان لا بالمنافع و إن كان قد اكتسب قبل الكتابة فأذن له في أداء بدل الكتابة يعتبر من الثلث لوجود الكسب وقت الاذن و تعلق حق الورثة (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (الاذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو) أي الشريك المكاتب (أصيل في النصف) الذي له (وكيل في النصف) الذي لشريكه (فهو) أي البدل (بينهما و المقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز) كما لو كاتباه فعجز و في يده من الأكساب فهي بينهما فكان المصنفّ مال إلى قولهما فلذلك أخره فافهم (قال) أي محمدّ في الجامع الصغير (و إذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه) أي فادعى الواطيء الولد و صحت دعوته و ثبت النسب منه (ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه) أي فادعى الواطيء الآخر الولد و صحت دعوته و ثبت النسب منه (ثم عجزت فهي أم ولد للاول) أي الجارية كلها تصير أم ولد للواطيء الأول بطريق التبين (لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه) أي في نصيبه و في بعض النسخ فيها أي في الجارية (و صار نصيبه أم ولد له) بناء على أن الاستيلاد في المكاتبة يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه و هذا لا يمكن أشار إليه بقوله (لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك) بسائر الأسباب فكذا بالاستيلاد (فيقتصر أمومية الولد على نصيبه) أي إذا كان الأمر كذلك يقتصر كون الجارية أم ولد على نصيب الواطيء الأول (كما في المدبرة المشتركة) بأن استولدها أحدهما فإنه تقتصر أمومية الولد فيها على نصيبه بالاجماع فيتجزأ الاستيلاد فيها بالاتفاق

---

(١) فتقتصر. ن. فيقتصر.

و لو (١) ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن و تبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق و يضمن لشريكه نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد و نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة و يضمن شريكه كمال العقر و قيمة الولد و يكون ابنه لأنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً و ولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطيء أم و ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر

---

و الجامع أن كلاً من الكتابة و التدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك فإن قلت التدبير لا يقبل الفسخ و الكتابة تقبله فجاز أن يكون الاقتصارعلى النصف في المدبرة لعدم قبول التدبير الانفساخ قلت الاقتصار لعدم قبول التدبير الانتقال من ملك إلى ملك على أنا نقول الكتابة لازمة في حق المولى أيضاً فإن قلت جاز أن تنفسخ الكتابة بعجزها قلت جاز أن ينفسخ التدبير أيضاً بقضاء القاضي (و إذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً) قيد بقوله ظاهراً لأن الظاهر أن تمضي على كتابتها فكان ملكه باقياً فيها و أما بالنظر إلى التعجيز لم يبق ملكه فيها (ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن و تبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال و وطؤه سابق) فتصير أم ولد له من ذلك الوقت لأن السبب هو الوطء فصار كما إذا أسقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى تستحق الزوائد (و يضمن لشريكه نصف قيمتها) أي نصف قيمة الجارية (لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد و نصف عقرها) أي و يضمن أيضاً نصف عقر الجارية (لوطئه جارية مشتركة) أي لأجل وطئه الجارية المشتركة (و يضمن شريكه) أي شريك الأول و هو الواطئ الثاني (كمال العقر) أي عقر الجارية فيكون النصف بالنصف قصاصاً و يبقى للأول على الثاني نصف العقر (و قيمة الولد) أي و يضمن أيضاً قيمة الولد (و يكون) أي الولد (ابنه) أي ابن الثاني بالنظر إلى الظاهر و الحقيقة أما بالنظر إلى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة (لأنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً) لأنه وطئها على حسبان أن بضعها على حكم ملكه و ظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين أنه لا ملك له فصار كالمغرور (وولد المغرور ثابت النسب منه) أي من المغرور (حر بالقيمة على ما عرف) في موضعه في باب الاستيلاد و أما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر أشار إليه بقوله (لكنه وطيء أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر) فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول

---

(١)لو. ن. إذا.

و أيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها و أبدالها و إذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه و هذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى هى أم ولد للأول و لا يجوز وطء الآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة و تبقى الكتابة فيما وراءه

---

عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه و لا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها أجيب بأن هذا على قولهما و أما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قيل هذا ليس بشىء و الجواب الصحيح أنه عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى روايتان فى تقوم أم الولد فيكون الولد متقوماً على إحديهما فكان حراً بالقيمة و قيل عدم تقومها ليس على الإطلاق بل هى متقومة فى الجملة فإنه لو كاتب أم ولده جاز بالاتفاق و فيه نظر لأن جواز كتابتها لا يدل على تقومها لاحتمال أن تنعقد الكتابة فى حقها بمعنى التعليق لا المعاوضة و أجيب بأنا لا نسلم انعقادها تعليقا بدليل ردها إلى الرق عند العجز و بطلان الكتابة و لا يمكن إبطال التعليق بوجه قيل إبطاله عند العجز لفوات وصف الشرط و هو أن يؤدى كل شهر كذا و عند العجز فات هذا الوصف و أجيب بأنه لو كان كذلك لم يمكن إبقاء عقد الكتابة إذا لم يطلب المولى رده إلى الرق و لما صح إبطاله بطلب المولى عند العجز و بقاءه عند عدم طلبه دل أنه انعقد كتابة لا تعليقاً (و أيهما دفع العقر إلى المكاتبة) يعنى قبل العجز (جاز لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها و أبدالها) بفتح الهمزة جمع بدل (و إذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه) أى اختصاص المولى به (و هذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى هى أم ولد للأول) و هى مكاتبة له و تعتق بأداء البدل إلى الأول (و لا يجوز وطء الآخر) أى الثانى من الشريكين (لأنه) أى لأن الشان (لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له) أى للأول (لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن) لأن الاستيلاد طلب الولد و إنه يقع بالفعل و الفعل لا يتجزأ و لكن فكذا ما يثبت به و لهذا لا يكمل فى القنة بالإجماع (و قد أمكن) أى تكميل الاستيلاد ههنا (بفسخ الكتابة لأنها) أى الكتابة (قابلة للفسخ فتفسخ) تكميلا للاستيلاد (فيما لا تتضر به المكاتبة) و هو أمومية الولد لأنه لا ضرر لها فى كونها أم ولد بل لها نفع فيه حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع و الهبة و تعتق مجاناً بعد موت المولى (و تبقى الكتابة فيما وراءه) أى فيما وراء ما

**بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ و بخلاف بيع المكاتب لأن فى تجويزه إبطال الكتابة إذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتباً و إذا صارت كلها أم ولد له فالثانى واطىء (١) أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه و لا يكون حراً عليه بالقيمة غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة و يلزمه جميع العقر لأن الوطى لا يعرى عن إحدى الغرامتين و إذا بقيت الكتابة و صارت كلها مكاتبة له قيل**

---

لا تتضرر به و هو كونها أحق بأكسابها و أكساب ولدها وسقوط الحد عن الثانى فى وطئه (بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبى حنيفة رحمه الله تعالى المتنازع فيه على المدبرة المشتركة و تقريره أن التدبير خلاف ذلك (لأنه لا يقبل الفسخ) يعنى إذا استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمله و يقتصر على نصيب المستولد لأنه لا يمكن تكميلها إذ التدبير لا يقبل الفسخ فيكون مانعاً للنقل من ملك إلى ملك (و بخلاف بيع (٢) المكاتب) هذا جواب عن سؤال يرد على المدبرة بان قيل هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة البيع فيما إذا باع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاد فقال بخلاف بيع المكاتب (لأن فى تجويزه) أى البيع (إبطال الكتابة إذ المشترى لا يرضى ببقائه مكاتباً) و لو أبطلناها تتضرر به المكاتب و فسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح و قيل يجوز أن يكون قوله و بخلاف بيع المكاتب بياناً لقوله و تبقى الكتابة فيما وراءه فإن البيع وراء ما لا يتضرر به و إن كان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت (و إذا صارت كلها أم ولد له) أى للأول هذا كلام متصل بقوله صارت كلها أم ولد له يعنى لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له و إذا صارت كلها أم ولد له (فالثانى وطىء أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه) أى من الثانى (و لا يكون) أى الولد (حرا عليه) أى على الثانى (بالقيمة غير أنه لا يجب الحد عليه) أى على الثانى (للشبهة) و هى شبهة أنها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة رحمه الله تعالى أنها تبقى مكاتبة فيما تتضرر به للاجماع و لا حد على واطىء مكاتبته (و يلزمه جميع العقر لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين) و هما الحد و العقر (و إذا بقيت الكتابة) متصل بقوله و تبقى الكتابة فيما وراءه أى إذا بقيت الكتابة فيما وراء ما لا تتضرر به (و صارت كلها مكاتبة له) أى للأول (قيل) هذا

---

(١) واطىء. ن. وطىء. (٢) بخلاف بيع المكاتب الخ. قال بعض الفضلاء هذا جواب عندى عن قياس أبى حنيفة رحمه الله تعالى نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثانى إلى ملك الأول على بيعها ووجهه أن فى النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع إلى هنا كلامه أقول أنت خبير بأن القياس الذى ذكره لم يقع من أبى حنيفة رحمه الله تعالى قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذاك كذا فى النتائج.

يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة و لا تتضرر بسقوط نصف البدل و قيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل و في إبقائه في حقه نظر للمولي و إن كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه و المكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها و لو عجزت و ردت في الرق يرد إلى المولي لظهور اختصاصه على ما بينا قال و يضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى نصف قيمتها مكاتبة لأنه تملك نصيب شريكه و هي مكاتبة فيضمنه موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك و في قول محمد رحمه الله تعالى يضمن الأقل من نصف قيمتها و من نصف

إذا بقيت و قائله الماتريديّ (يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة و لا تتضرر بسقوط نصف البدل و قيل) و هو قول عامة المشايخ رحمهم الله تعالى (يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة) أي لضرورة تكميل الاستيلاد (فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل) لأن الثابت بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد الأول كما كان (و في إبقائه) قيل يجوز أن يكون هذا جواباً عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة و هي لا تتضر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ فأجاب بقوله و في ابقائه أي و في إبقاء عقد الكتابة (في حقه) أي في حق نصف البدل (نظر للمولي) و هو المستولد الأول (و إن كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه) أي بسقوطه نصف البدل فرجحنا جانب المولي لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ (و المكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها و لو عجزت و ردت في الرق يرد إلى المولي لظهور اختصاصه) أي اختصاص المولي الأول المستولد (على ما بينا) أي في تعليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى (قال) أي محمدٌ في الجامع الصغير (و يضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسفٌ) في اعتاق المكاتب بين اثنين فإن عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتباً فكذلك هنا يضمن (نصف (١) قيمتها مكاتبة) أي حال كونها مكاتبة (لأنه) أي الأول (تملك نصيب شريكه و هي مكاتبة) أي و الحال أنها مكاتبة (فيضمنه) أي فيضمن الأول النصف سواء (موسراً كان) أي الأول (أو معسراً لأنه ضمان التملك و هو لا يختلف باليسار و الإعسار (و في قول محمد رحمه الله تعالى يضمن الأقل من نصف قيمتها و من نصف

(١) نصف قيمتها مكاتبة. و في الشرنبلالية عن الفتح و قيمة المكاتب نصف قيمته قنا لأنه حر يدا و بقيت الرقبة كذا في الشامية.

ما بقى من بدل الكتابة لأن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز و فى نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما قال و إن كان الثانى لم يطأها و لكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لأنه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز و أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف (١) ملك غيره و التدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر قال و هى أم ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه و كمل الاستيلاد على ما بينا و يضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة و نصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالإستيلاد و هو تملك بالقيمة و الولد ولد للأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح و هذا قولهم جميعاً

---

ما بقى من بدل الكتابة لأن حق شريكه) أى شريك الأول (فى نصف الرقبة على اعتبار العجز و فى نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما) أى بين الاعتبارين (يجب أقلهما) لأنه متيقن (قال) أى محمدٌ فى الجامع الصغير (و إن كان الثانى لم يطأها و لكن دبرها) أى بعد ما استولدها الأول (ثم عجزت بطل التدبير لأنه لم يصادف الملك أما عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز) فانفسخت الكتابة قبل التدبير فلا يصح تدبيره (و أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه) أى التدبير (مصادف ملك غيره و التدبير يعتمد الملك) فلا يصح بدونه (بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور) لا الملك يعني يثبت النسب بمجرد الغرور كما لو اشترى قنة فاستولدها فاستحقت لم يبطل النسب و كان الولد حراً بالقيمة فكذا ههنا (على ما مر) أشار به إلى قوله و يكون ابنه لأنه بمنزلة المغرور (قال و هى أم ولد للاول) أى الجارية التى دبرها الثانى بعد استيلاد الأول ثم عجزت أم ولد للأول (لأنه تملك نصيب شريكه و كمل الاستيلاد على ما بينا) يعنى فى تعليل أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو قوله و تبين أن الجارية كلها أم و لد للأول لأنه زال المانع من الانتقال (و يضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة و نصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاد و هو تملك بالقيمة و الولد ولد للأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح) و هو الملك فى المكاتبة (و هذا (٢) قولهم جميعاً) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة و ههنا ما بقيت لأنه لما استولدها الأول

---

(١) مصادف. ن. يصادف. (٢) و هذا قولهم جميعا. قال بعض الفضلاء فيه أنه ينبغى أن يملكها عند محمدٌ بالأقل من نصف القيمة و نصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى. أقول يمكن الفرق بان وجه قول محمدٌ بالأقل من نصف =>

و وجهه ما بينا قال و إن كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما و هو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها و يرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يرجع عليها لأنها لما عجزت و ردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة و الجواب فيه على الخلاف في الرجوع و في الخيارات و غيرها كما هو مسألة تجزؤ الاعتاق و قد قررناه في العتاق

---

ملك نصف شريكه و لم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره (و وجهه ما بينا) أي في تعليل القولين أما طرف أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقد ذكرنا آنفاً من قوله و تبين أن الجارية إلى آخره و أما طرفهما فهو قوله لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له إلى آخره (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن كانا كاتباها) أي الجارية (ثم أعتقها أحدهما و هو موسر) أي و الحال أنه موسرغني (ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها) أي قيمة الجارية (و يرجع بذلك) و في بعض النسخ يرجع به أي يرجع المعتق بنصف قيمة المكاتبة (عليها) أي على المكاتبة (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يرجع عليها لأنها لما عجزت و ردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة و الجواب فيه) أي في إعتاق أحد الشريكين القن المشترك (على الخلاف في الرجوع) فإن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا ضمّن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد و عندهما لا يرجع (و في الخيارات) فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الساكت مخير بين الخيارات الثلاث إن شاء أعتق و إن شاء استسعى العبد و إن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه و عندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار و السعاية مع الإعسار (و غيرها) أي و غير الخيارات و هو الولاء و ترديد الاستسعاء فإن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما و إن ضمن المعتق فالولاء للمعتق و عندهما للمعتق في الوجهين جميعاً و أما ترديد الاستسعاء فإنهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار و يقولان إن كان المعتق موسراً يضمن نصيب الساكت و إن كان معسراً يسعى العبد لنصيب الساكت و أبو حنيفة رحمه الله تعالى يراه (كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق و قد قررناه في العتاق) في باب (١) العبد يعتق بعضه هذا كله إذا

---

=> القيمة و نصف بدل الكتابة فيما إذا بقيت الكتابة و هو أن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز و في نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما و هذا الوجه غير متمش فيما إذا لم تبق الكتابة لأن كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الأداء إنما يتصور عند بقاء الكتابة و أما بعد زوالها فيصير ما أدته إلى شريكه بمنزلة العدم كما هو في الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل كذا في الأفكار (١)باب العبد يعتق بعضه. البناية ص٣٨ ج٨.

فأما قبل العجز ليس له أن يضمّن المعتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبة قبل ذلك و عندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمّنه قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً و يستسعى العبد إن كان معسراً لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار و الإعسار قال و إن كان العبد بين رجلين دبّره أحدهما ثم أعتقه الآخر و هو موسر فإن شاء الذى دبّره ضمّن المعتق نصف قيمته مدبراً و إن شاء إستسعى العبد و إن شاء أعتق و إن أعتقه أحدهما ثم دبّره الآخر لم يكن له أن يضمّن المعتق و يستسعى العبد أو يعتق و هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و وجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتقاق و التضمين و الاستسعاء كما هو مذهبه فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين و الاستسعاء و إعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه

---

عجز (فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن الاعتقاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبة قبل ذلك) و تقريره أن معتق البعض عنده كالمكاتب و ههنا نصيب صاحبه مكاتب بالكتابة السابقة فلا يصير مكاتباً بالاعتاق و إنما يؤثر فى نصيب صاحبه بجعله مكاتباً بعد العجز فلهذا يقتصر ولاية التضمين على ما بعد العجز (و عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لما كان) أى الاعتاق (لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمّنه) أى فللساكت أن يضمّن المعتق قيمة نصيبه مكاتباً ان كان) أى المعتق (موسراً و يستسعى العبد إن كان معسراً لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار و الإعسار) أى يختلف الضمان بيسار المعتق و إعساره (قال) أى محمدٌ فى الجامع الصغير (و إن كان العبد بين رجلين دبّره أحدهما ثم أعتقه الآخر و هو موسر فان شاء الذى دبّره ضمّن المعتق نصف قيمته مدبراً و إن شاء إستسعى العبد و إن شاء أعتق) هذا ظاهر و إن عكس المسألة أشار إليه بقوله (و إن أعتقه أحدهما ثم دبّره الآخر لم يكن له أن يضمّن المعتق و يستسعى العبد أو يعتق و هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و وجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به) أى بالتدبير (نصيب الآخر) لسد باب النقل عليه (فيثبت له خيرة الاعتاق) أى خيار الاعتاق (و التضمين و الاستسعاء كما هو مذهبه) أى مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى (فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين و الاستسعاء و إعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه)

يتجزأ عنده و لكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمّنه قيمة نصيبه و له خيار العتق و الاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه و يضمّنه قيمة نصيبه مدبراً لأن الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين و قيل يجب ثلثا قيمته و هو قن لأن المنافع أنواع ثلاثة البيع و أشباهه و الاستخدام و أمثاله و الاعتاق و توابعه و الفائت البيع فيسقط الثلث و إذا ضمّنه لا يتملكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق و إن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبّره لم يبق له خيار التضمين

أي الاعتاق (يتجزأ عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و لكن يفسد به) أي بالاعتاق (نصيب شريكه) لسد باب الاستخدام عليه (فله أن يضمّنه قيمة نصيبه و له خيار العتق و الاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه) أي مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و يضمّنه قيمة نصيبه مدبراً) أي حال كونه مدبراً (لأن الاعتاق صادف المدبر) فيعتبر قيمته مدبراً (ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين و قيل يجب ثلثا قيمته و هو قن) أي و الحال أنه قن (لأن (١) المنافع أنواع ثلاثة البيع) أي أحدها البيع (و أشباهه) أي أشباه البيع في كونه خروجاً عن الملك كالهبة و الصدقة و الإرث و الوصية لأن في كل ذلك يزول الملك عن الرقبة كالبيع (و الاستخدام) أي النوع الثاني الاستخدام (و أمثاله) أي أمثال الاستخدام في كونه انتفاعا بالمنافع كالإجارة و الإعارة و الوطء (و الإعتاق) أي النوع الثالث الإعتاق (و توابعه) أي توابع الاعتاق كالكتابة و الاستيلاد و التدبير و الاعتاق على مال لأن كل واحد منها يؤول إلى الحرية كالاعتاق (و الفائت البيع) أي الفائت في المدبر من هذه الأنواع النوع الذي هو البيع يعني جوازه (فيسقط الثلث و إذا ضمنه) أي ضمّن المدبر المعتق (لا يتملكه) أي لا يتملك المعتق نصيب المدبر (بالضمان) أي باداء ضمان نصيب المدبر (لأنه) أي لأن المدبر (لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق) فإنه يضمّنه و لا يتملكه فكان ضمان حيلولة بين المالك و المملوك لا ضمان تملك (و إن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث) أي خيار الاعتاق و التضمين و الاستسعاء (عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (فاذا دبّره لم يبق له خيار التضمين) لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئاً للمعتق عن الضمان لمعني و هو أن نصيبه كان قنا عند إعتاق المعتق فكان تضمينه إياه

(١) لأن المنافع الخ. قال قاضيخان رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير: منافع المملوك ثلاثة رحمهم الله تعالى الاسترباح بالبيع و الاستخدام و قضاء الدين من ماليته بعد الموت و بالتدبير تفوت منفعة واحدة و هي الاسترباح و بالاستيلاد تفوت منفعتان قضاء الدين بعد الموت و الاسترباح فتوزع القيمة على ذلك فتكون قيمة المدبر ثلثي قيمته قنا و قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة اه كذا في الهامش على التبيين.

و بقى خيار الاعتاق و الاستسعاء لأن المدبر يعتق و يستسعى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إذا دبّره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير و يضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار و الإعسار و يضمن نصف قيمته قناً لأنه صادفه التدبير و هو قن و إن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزأ فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك و هو يعتمده و يضمن نصف قيمته إن كان موسراً و يسعى العبد فى ذلك إن كان معسراً لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار و الإعسار عندهما.

## باب موت المكاتب و عجزه و موت المولى

قال و إذا عجز المكاتب عن نجم

---

متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان و قد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الأول فهناك كان نصيبه مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه كذا ذكره المحبوبىّ (و بقى خيار الاعتاق و الاستسعاء لأن المدبر يعتق و يستسعى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إذا دبّره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير و يضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار و الاعسار و يضمن نصف قيمته قناً) أى حال كونه قناً (لأنه صادفه التدبير و هو قن و إن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الاعتاق لا يتجزأ فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك و هو يعتمده) أى التدبير يعتمد الملك (و يضمن نصف قيمته إن كان موسراً أو يسعى العبد فى ذلك) أى فى النصف (إن كان معسراً لأن هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار و الاعسار عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى.

### (باب موت المكاتب و عجزه و موت المولى)

أى هذا باب فى بيان أحكام الكتابة عند موت المكاتب و عند عجزه عن أداء مال الكتابة و عند موت المولى و تأخير هذه الأحكام ظاهر التناسب لأن الموت و العجز بعد العقد (قال) أى القدورىّ (و إذا عجز المكاتب عن نجم) النجم (١) هو الطالع ثم سمى به الوقت المضروب و منه قول الشافعي رحمه الله تعالى أقل التأجيل نجمان أى شهران ثم سمى به ما يؤدى فيه من الوظيفة

---

(١) النجم الخ. كذا فى المغرب فاستعمال النجم بمعنى ما يؤدى مجاز بمرتين كذا فى الشامية.

**نظر الحاكم فى حاله فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه و انتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين و الثلاث هى المدة التى ضربت لابلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع و المديون للقضاء**

---

و منه حديث عمر رضى الله تعالى عنه أنه حط عن مكاتب له أول نجم حل عليه أى أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة و اشتقوا منه قولهم نجم الدية أى أداها نجوماً و المعنى هنا إذا عجز عن وظيفة من وظائف بدل الكتابة (نظر (١) الحاكم فى حاله) أى فى حال المكاتب (فان كان له دين يقبضه) أى يطلبه و يقبضه (أو مال) غائب (يقدم عليه) يعنى يأتى بوجه من الوجوه (لم يعجل) أى القاضى (بتعجيزه) المصدر مضاف إلى مفعوله و طوى ذكر الفاعل أى بتعجيز القاضى إياه و يجوز أن يكون مضافاً إلى فاعله و طوى ذكر المفعول (و انتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين) أى جانب المولى و جانب المكاتب و قال (٢) الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى فان كان له مال عند غائب مسافة السفر لم يلزمه التأخير إلى أن يحضره لطول المدة و إن كان ما دونها لزمه التأخير إلى أن يحضره و إن كان له دين على إنسان فان كان حالاً و من عليه ملئ وجب التأخير إلى استيفائه كما لو كانت له وديعة عند غيره و إن كان مؤجلاً أو على معسر فلا يجب التأخير و لو حل النجم و هو نقد و للمكاتب عروض يلزمه التأخير إلى بيعه و فى شرح (٣) الوجيز مدة التأخير للبيع ثلاثة أيام و لا يلزم أكثر من ذلك و عند مالك رحمه الله تعالى إذا عجز عن نجم يفسخ الكتابة بعد أن يتلوم الأيام و يجتهد فى مدة التلوم فيمن يرجى له دون من لا يرجى كذا فى الجواهر (و الثلاث) أى ثلاثة أيام (هى المدة التى ضربت لابلاء الأعذار) أى لاظهارها (كامهال الخصم للدفع) أى لأجل دفعه دعوى المدعى لأن المراد من الخصم هو المدعى عليه و الألف و اللام فيه بدل من المضاف إليه و صورته أن يتوجه عليه الحكم و قال لى بينة حاضرة فانه يؤخر يوماً أو يومين أو ثلاثة (و المديون للقضاء) بالجر عطف (٤) على كإمهال أى كإمهال المديون لأجل قضاء الدين صورته ادعى على رجل مالاً و أثبته فقال المدعى عليه أمهلنى يوماً أو يومين أو ثلاثة لأدفعه إليك فإنه يمهل إلى ثلاثة و لا يزاد و جعلوا التقدير من باب التعجيل دون التأخير و الأصل فيه قصة موسى

---

(١)نظر الحاكم أقول و كذا المحكم لأن حكمه يصح فيما سوى الحدود و القصاص إذا كان له أهلية القضاء اتقانى كذا فى الشامية. (٢)قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا فى شرح الوجيز ص ٥١١ ج١٣ و المغنى ص٤١٨ ج١٢. (٣)شرح الوجيز ص ٥١١ ج١٣. (٤)عطف على كامهال. أقول هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا إذ لا شك أن المديون معطوف على الخصم كذا فى الأفكار

**فلا يزاد عليه فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجّزه و فسخ الكتابة و هذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يعجّزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على رضى الله تعالى عنه إذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق علّقه بهذا الشرط**

---

مع الخضر صلوات الله عليهما و سلامه حيث قال فى الكرة الثالثة ﴿هذا (١) فراق بيني و بينك﴾ و كذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام و نظائره كثيرة (فلا يزاد عليه) أى على ما ذكر من المدة (فإن لم يكن له وجه) أى فان لم يكن للمكاتب جهة لتحصيل المال (و طلب المولى تعجيزه عجّزه) أى عجّز الحاكم المكاتب (و فسخ (٢) الكتابة و (٣) هذا) أى الذى ذكرناه (عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يعجّزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على رضى الله تعالى عنه إذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق) رواه (٤) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه فى البيوع حدثنا عباد بن العوام عن حجاج عن حصين الحارثى عن على رضى الله تعالى عنه قال إذا تتابع على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد فى الرق و رواه (٥) البيهقىؒ فى سننه من حديث الحارث عن على رضى الله تعالى عنه (علّقه) أى علّق على رضى الله تعالى عنه (بهذا الشرط) و المعلق بالشرط معدوم قبله و هذا لا يعرف قياساً فصار المروى عنه كالمروى عن النبى ﷺ و به قال أحمد و الحكم و ابن أبى ليلى و ابن عيينة و الحسن بن صالح رحمهم الله تعالى و قيل هذا إستدلال بمفهوم الشرط و هو ليس بناهض لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط و الجواب ما أشار إليه فخر الإسلامؒ أنه معلق بشرطين و المعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما

---

(١)هذا فراق الآية. الكهف: ٧٨. (٢)و فسخ الكتابة أى وجوبا و ذكر الفسخ بعد التعجيز لأن التعجيز غير كاف ط عن الحموى كذا فى الشامية. (٣)و هذا عند ابى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و مذهبهما هو الصحيح قهستانى عن المضمرات كذا فى الشامية. (٤)رواه ابن ابى شيبة رحمه الله تعالى الخ. كذا فى نصب الراية ص١٤٦ ج٤ و سكت عليه ابن حجرؒ فى التلخيص ص٢١٧ ج٤ و قال العثمانىؒ فى الاعلاء ص٢٢٦ ج١٦: و سنده حسن و قال العثمانى فيه أيضا: أقول و لا حجة فيه لأبى يوسفؒ لأنه يحتمل أن يكون معناه أنه إذا تتابع على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد إلى الرق إذا طلبه المولى و لا يمهل بخلاف النجم الواحد فانه يمهل بعده إلى ثلاثة أيام إن طلب المكاتب الامهال و حينئذ لا يخالف الأثر مذهب أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى فتأمل. و يشكل عليه أنه يروى عن على رضى الله تعالى عنه أن المكاتب يعتق بحساب ما أدى فكيف يرد إلى الرق بالعجز؟ قلت فسخ العتق إلى الرق من المسائل المجتهد فيها و مذهب على رضى الله تعالى عنه فيه هو جواز الفسخ و هو لا يضرنا فيما نحن فيه لأنه إذا جاز الرد إلى الرق بعد ثبوت العتق فى الجملة فعند عدم ثبوته أصلا كما هو مذهبنا أولى.
(٥) رواه البيهقى رحمه الله تعالى فى كتاب المكاتب باب عجز المكاتب ص٣٤٢ ج١٠.

و لأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجلة و حالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من إمهال مدة استيساراً و أولى المدد ما توافق عليه العاقدان و لهما أن سبب الفسخ قد تحقق و هو العجز لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين و هذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم و قد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً به دونه بخلاف اليومين و الثلاثة لأنه لا بد منها لامكان الأداء فلم يكن تأخيراً و الآثار متعارضة فإن المروى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط

---

لو قال إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق (و لأنه) أى و لأن عقد الكتابة (عقد إرفاق) أى رفق لأن مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجلة) أى حتى كان أحسن عقد الكتابة مؤجلة أراد أن التأجيل و التنجيم أحسن من الكتابة الحالة و إن كانت الحالة جائزة عندنا و به قال مالك رحمه الله تعالى و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لازمان (و حالة الوجوب بعد حلول نجم) أى حالة وجوب الأداء يعنى إذا تم النجم الأول صار المال حالاً و العجز عن البدل فى الحال لا يثبت الفسخ إلا بعد تأجيل مدة أخرى (فلا بد من إمهال مدة استيساراً) يعنى تمكيناً للعبد من الأداء إبلاء لعذره (و أولى المدد ما توافق عليه العاقدان) أى أحق الآجال ما أجمع عليه العاقدان و هو النجم الثانى فإذا مضى الثانى و لم يؤد المال تحقق العجز فيوجب الفسخ لوجود مدة التأجيل التى اتفق عليها العاقدان (و لهما) أى لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن سبب الفسخ قد تحقق و هو العجز لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين و هذا) أى كون العجز سبباً للفسخ (لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم و قد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً به دونه) أى فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضياً ببقاء الكتابة بدون ذلك النجم الذى شرط أو فيفسخ القاضى إذا لم يكن المولى راضياً به بدونه على اختلاف الروايتين فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة و لم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضى فيه روايتان (بخلاف اليومين و الثلاثة لأنه لا بد منها لامكان الأداء فلم يكن تأخيراً) هذا كأنه جواب عما يقال إذا كان مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم كان ينبغى أن يتمكن عن الفسخ من غير إمهال فأجاب بخلاف اليومين إلى آخره (و الآثار متعارضة) جواب عن إستدلال أبى يوسفؒ بأثر على رضى الله تعالى عنه فبين ذلك بقوله (فإن المروى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها) فهذا يعارض أثر على رضى الله تعالى عنه (فسقط

الإحتجاج بها قال فان أخل بنجم

الاحتجاج بها) أى بالآثار للتعارض فإن الأثرين إذا تعارضا وجهل التاريخ تساقطا فيصار إلى ما بعدهما من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالماً عن المعارض فيثبت الفسخ به قلت هذا الذى ذكره الشراح كلهم وفيه نظر لأن الأثر الذى نسبه المصنفؒ إلى ابن عمر رضى الله تعالى عنه لم يصح على هذا الوجه و لا أخرجه أحد من أصحاب الآثار و أما المنقول عنه ما رواه ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه حدثنا وكيع و ابن أبى زائدة عن ابان بن عبدالله البجلى عن عطاء أن ابن عمر رضى الله تعالى عنه كاتب غلاماً له على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده فى الرق و الأثر الذى استدل به أبو يوسفؒ ثابت فكيف يقع التعارض بين ما ثبت و بين ما لم يثبت و الآفة (١) فى مثل هذا الموضع من التقليد (قال) أى محمدؒ فى الجامع الصغير (فإن أخل بنجم) المراد

(١)و الآفة الخ. إعلم أن الآثار عن على رضى الله تعالى عنه متعارضة مختلفة فروى ابن حزمؒ فى "المحلى" من طريق الحجاج بن أرطاة عن حصين بن عبدالرحمن عن الشعبى أن عليا رضى الله تعالى عنه قال "إذا عجز المكاتب فأدخل نجما فى نجم رد فى الرق" و روى عبدالرزاقؒ عن سفيان الثورى عن طارق بن عبدالرحمن عن الشبعى أن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه قال فى المكاتب يعجز "إنه يعتق بالحساب" يعنى بحساب ما أدى كما فى "المحلى" و هذا أقوى من رواية الحجاج عن حصين بن عبدالرحمن عن الشعبى لأن الحجاج متكلم فيه و روى حماد بن سلمة و ابن أبى عروبة كلاهما عن قتادة عن خلاس بن عمرو عن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه قال "إذا عجز المكاتب استسعى حولين" زاد ابن أبى عروبة "فان أدى و إلا رد فى الرق" و بهذا يقول الحسن البصرى و عطاء بن أبى رباح و صح عن على رضى الله تعالى عنه أنه قال "إذا أدى النصف فلا رق عليه و هو غريم" كما فى "المحلى" أيضا و الآثار إذا تعارضت و لم يمكن الجمع بينها تساقطت فرجعنا إلى ما رواه عبدالرزاقؒ نا ابن جريج أخبرنى أبوالزبير أنه سمع جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه يقول فى المكاتب يؤدى صدرا من كتابته ثم يعجز قال "يرد عبدا سيده أحق بالشرط الذى شرط" قال ابن جريج و أخبرنى اسماعيل بن أمية أن نافعا أخبره "أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما فعل ذلك يعنى أنه رد مكاتبا له فى الرق إذا عجز بعد أن أدى نصف كتابته كذا فى "المحلى" أيضا قال ابن حزمؒ و روينا عن أبى ايوب الانصارى رضى الله تعالى عنه "أنه كاتب أفلح ثم بدا له فسأله إبطال الكتابة دون أن يعجز فأجابه إلى ذلك فرده عبدا ثم أعتقه بتلا" و قد ذكر ذلك مخمرة بن بكير عن أبيه "أنه لا بأس به" و به يقول ابو حنيفة و مالك و الشافعى و أبو سليمان رحمهم الله تعالى و قال هؤلاء تعجيز المكاتب جائز بينه و بين سيده دون السلطان إلا أن لمالكؒ قولا انه لا يجوز التعجيز إلا بحكم السلطان اه و حملنا الروايات عن على رضى الله تعالى عنه كلها على الندب و به نقول إن المكاتب إذا كسر نجما يندب مولاه إلى أن لا يرده إلى الرق ما لم يتوال عليه نجمان رفقا به و نظرا له كذا فى البدائع و يستحب أن يستسعيه حولين بعد العجز فان أدى و إلا رد فى الرق و ينبغى أن لا يرده فى الرق إذا أدى النصف مالم يعجز نفسه و إن كسر النجوم و لا يجب عليه ذلك لما تقدم من قوله ﷺ "المكاتب عبد ما بقى عليه درهم" و روى ابن أبى شيبةؒ نحوه عن عمر و ابنه و على و زيد بن ثابت و عائشة رضى الله تعالى عنهم أن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم كذا فى نصب الراية و بالجملة =>

عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى و لو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم

بالإخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذى اتفقا على تعيينه في أدائها و أصله من أخل الفارس بمركزه إذا ترك موضعه الذى عيّنه الأمير و قال تاج الشريعة خل الرجل افتقر و ذهب ماله و كذلك أخل به (عند غير السلطان) أى عند غير القاضي و القاضي يطلق عليه السلطان و كذا على كل من له حكم حتى أن الرجل سلطان في بيته و السلطان في الاصل إسم للحجة ثم اطلق على الحاكم بطريق قولهم للرجل العادل عدل (فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى بأن تفسخ و لو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه) أى عقد الكتابة (عقد لازم) يعني من جهة المولى لأنه لا يقدر على الابطال بانفراده

=> فالراجح في هذا الباب عندنا قول جابر و ابن عمر رضي الله تعالى عنهما لعدم اختلاف الروايات عنهما بخلاف غيرهما من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ممن روى عنه شيء في ذلك فقد اختلف عليه اختلافا لا يتيسر رفعه إلا بما ذكرنا من حمل بعض الأقوال على الندب فافهم و بهذا الذى قلنا في وجه ترجيح قول جابر و ابن عمر انحلت عقدة الإشكال الذى ذكره صاحب "الأفكار" في شرح قول "الهداية": و الآثار متعارضة فإن المروى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما :"أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها" فسقط الاحتجاج بها بما نصه: لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار إلى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه (أى أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق و هو العجز إلخ سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به أقول: ههنا إشكال لأن ما قالاه من الدليل المعقول راجع إلى القياس و قد تقرر في الأصول أن القياس لا يجرى في المقادير و ما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا: و ما رويناه من حديث ابن عمر كالمروى عن النبي ﷺ، لأن ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لأنه لا يدركه القياس اه فإذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه تساقطت كما قالوا و لم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الأصول و الفروع فكيف ينتهض ما قالا من الدليل المعقول الذى مرجعه إلى القياس حجة لهما في إثبات ما ذهبا إليه؟ فليتأمل (١٤٣:٨) و حاصل الحل أن لا تعارض في الروايات عن جابر و ابن عمر رضي الله تعالى عنهما فلا تساقط و أما ما روى عن على رضي الله تعالى عنه في هذه المسألة فلا يصلح معارضا لها لاختلاف الروايات عنه في هذا الباب جدا كما ذكرنا فبقى قول جابر و ابن عمر رضي الله تعالى عنهما سالما عن المعارض و أيضا فإن في حديث على رضي الله تعالى عنه بيانا أن حق الفسخ يثبت للمولى بكسر نجمين و ليس فيه نفي حق الفسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفا إلى قيام الدليل و هو ما روينا عن جابر و ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أو نقول إذا اختلف الصحابة في مسألة على أقوال فللمجتهد أن يميل إلى أيها شاء و يحمل سائرها على محمل حسن فرجح أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى قول جابر و ابن عمر رضي الله تعالى عنهما بدليل الترجيح الذى مر ذكره و حملا أقوال على رضي الله تعالى عنه على الندب و الله تعالى أعلم.

تام فلا بد من القضاء أو الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض قال و إذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساح الكتابة و ما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده و هذا لأنه كان موقوفاً عليه أو على مولاه و قد زال التوقف قال فإن مات المكاتب و له مال لم تنفسخ الكتابة و

---

(تام) يعني ليس فيه شرط خيار (فلا بد من القضاء و الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض) يعني إذا وجد المشترى بالمبيع عيباً بعد القبض فانه لا ينفرد بالفسخ كذا هذا و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و فيه رواية أخرى ذكرها في الذخيرة و غيرها أن الفسخ يصح بلا قضاء لأن هذا عيب تمكن قبل أداء بدل الكتابة فينفرد بدون القضاء كما لو وجد المشترى بالمبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشترى بالفسخ بلا قضاء كذا هذا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمدؒ (قال) أي القدوريؒ (و إذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق) قال الاترازيؒ و قوله عجز وقع في النسخ على صيغة المبني للفاعل من الثلاثي و كذلك كان وقع سماعنا أيضاً و عندى الوجه فيه أن يقال بلفظ المبني للمفعول من مزيد الثلاثي لأن بمجرد العجز لا تنفسخ الكتابة و لا يعود المكاتب إلى الرق بل يحتاج بعد ذلك إلى القضاء أو الرضى ألا ترى إلى ما قال في أول الباب و إذا عجز المكاتب لم يعجل الحاكم بتعجيزه و قال أيضاً فان لم يكن له وجه و طلب المولى تعجيزه عجّزه الحاكم و يدل على هذا ما قاله الشيخ أبو نصرؒ في شرحه في التعليل بقوله و ذلك لأن في تعجيزه فسخ الكتابة قلت لا يحتاج إلى تطويل عظيم بل الأوجه عجز على بناء الفاعل من الثلاثي لأن هذا الكلام مترتب على ثبوت العجز قبل هذا فكان هذا مطاوع لذلك الفعل المتعدى أعني التعجيز السابق فكأن قائلا يقول إذا عجز المكاتب بحكم الحاكم أو برضاه كيف يكون حكمه فقال و إذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق فافهم (لانفساح الكتابة و ما كان (١) في يده من الأكساب فهو لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده) و كسب عبده لمولاه (و هذا) أي الظهور (لأنه) أي الكسب (كان موقوفاً عليه أو على مولاه) لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له و إلا فلمولاه (و قد زال التوقف) بالعجز (قال) أي القدوريؒ (فإن مات المكاتب و له (٢) مال لم تنفسخ الكتابة و

---

(١) و ما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه و لو صدقة و هو غني في الصحيح كذا في الشامية. (٢) و له مال لم تنفسخ الكتابة. و فيه إشعار بأنه إذا لم يترك وفاء تنفسخ حتى لو تبرع أحد بالبدل لا يقبل منه و هذا قول أبي بكر الاسكافؒ و ذهب الفقيه أبو الليثؒ إلى أنه لا تنفسخ بدون الحاكم كما في الصغرى قهستاني كذا في الشامية.

**قضى ما عليه من ماله و حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته و ما بقي فهو ميراث لورثته و يعتق أولاده و هذا قول علي و ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما**

قضى (١) ما عليه) أى من بدل الكتابة (من ما له و حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته و ما بقي) من ماله بعد أداء بدل الكتابة (فهو ميراث لورثته (٢) و يعتق أولاده) أى المولودون (٣) فى الكتابة و كذا المشترون فيها (و هذا قول على و ابن مسعود رضى الله عنهما) أما قول على رضى الله تعالى عنه فأخرجه (٤) ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه قال حدثنا أبو الاحوص عن سماك عن قابوس بن أبى المخارق عن أبيه قال بعث على رضى الله تعالى عنه محمد بن أبى بكر رضى الله تعالى عنه على مصر فكتب إليه يسأله عن مكاتب مات و ترك مالاً و ولداً فكتب إليه إن كان ترك وفاء لمكاتبته يدعى مواليه فيستوفون و ما بقى كان ميراثاً لولده و رواه (٥) عبدالرزاقؒ فى مصنفه من طريق الثورى و اسرائيل عن سماك مثل ذلك فإن قلت أخرج (٦) البيهقىؒ فى سننه من طريق الشافعى رحمه الله تعالى أنبأ عبدالله بن الحارث عن ابن جريج قال قلت له يعنى لعطاء المكاتب يموت و له ولد أحرار و يدع أكثر مما بقى عليه من كتابته قال يقضى عنه ما بقى من كتابته و ما كان من فضل فلبنيه فقلت أ بلغك هذا عن أحد قال زعموا أن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه كان يقضى به و قال الشافعى رحمه الله تعالى لا أدرى أ يثبت عنه أم لا قلت هذا ثابت عن على رضى الله تعالى عنه كما ذكرناه و ذكر ابن حزم من حديث الشعبى و عكرمة و الحكم عنه بطرق جيدة و قال الخطابىؒ و هو قول عطاء و طاووس و الحسن رحمهم الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى نحواً من ذلك و قال ابن حزمؒ و به يقول معبد و الحسن و ابن سيرين و النخعى و الشعبى و عمرو بن دينار و الثورى و أبو حنيفة و الحسن بن حى و إسحاق بن راهويه رحمهم الله تعالى و أما قول

(١)و قضى ما عليه من مال له فلو عليه ديون للمولى و لأجنبى ففى البدائع يبدأ بدين الأجنبى ثم ينظر فان كان فى التركة وفاء بدين المولى و بالكتابة بدىء بدين المولى و إلا فبالكتابة و يستوفى المولى الدين إذا ظهر له مال أما لو بدىء به صار عاجزا و لا يجب للمولى على عبده القن دين كذا فى الشامية و إن مات المكاتب و عليه دين و جناية و بدل الكتابة و مهر إمرأة تزوجها بغير إذن المولى بدىء بالدين ثم بالجناية ثم ببدل الكتابة ثم بالمهر الأقوى فالاقوى كذا فى الهندية معزيا إلى خزانة المفتين. (٢)لورثته أى لأولاده الأحرار بأن ولدوا من إمرأة حرة و كذا المولودون فى الكتابة و الذين اشتراهم فيها و والداه يعتقهم بعتقه و كذا ولده المكاتب معه بمرة لا المكاتب عليحدة لأنه يموت حرا و ولده مكاتب و المكاتب لا يرث كذا فى البدائع فان لم يكن له وارث من القرابة فلسيده بالولاء كذا فى الشامية. (٣)المولودون فى الكتابة أى من أمته بالتسرى و إن حرم لعدم منافاتها ثبوت النسب كذا فى الشامية معزوا إلى الشرنبلالية. (٤)فاخرجه ابن ابى شيبةؒ فى البيوع (باب) فى مكاتب مات و ترك ولدا أحرارا ص٤١٥ ج٦. (٥)رواه عبدالرزاقؒ فى كتاب المكاتب باب ميراث ولد المكاتب و له ولد أحرار ص ٣٩١ ج٨. (٦)أخرج البيهقىؒ فى كتاب المكاتب باب موت المكاتب ص ٣٣١ ج ١٠.

**و به أخذ علماؤنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى تبطل الكتابة و يموت عبداً و ما ترك لمولاه و إمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه و لأن المقصود من الكتابة عتقه و قد تعذر اثباته فتبطل و هذا لأنه**

ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فرواه (١) البيهقيّ من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال كان عبد الله رضي الله تعالى عنه يقول يؤدى إلى مواليه ما بقي عليه من مكاتبته و لورثته ما بقي (و به) أى بقول علي و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما (أخذ علماؤنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى تبطل الكتابة و يموت عبدا) أى و يموت المكاتب عبدا (و ما ترك لمولاه) و به قال أحمد و قتادة و أبو سليمان و عمر بن عبدالعزيز رحمهم الله تعالى و قال الاترازيّ و به قال النخعي و الشعبي رحمهما الله تعالى قلت قد ذكرناه عن ابن حزمٍ آنفاً أنه ذكر النخعي و الشعبي فيمن قال بقولنا (و إمامه) أى إمام الشافعي (في ذلك) أى فيما ذهب إليه ( زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه) رواه (٢) البيهقيّ من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال كان زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم لا يرث و لا يورث (و لأن المقصودمن الكتابة) هذا استدلال بالمعقول تقريره أن المقصود من الكتابة (عتقه) أى عتق المكاتب (و قد تعذر إثباته) أى إثبات العتق لأن المكاتب الميت ليس بمحل للعتق (فتبطل) أى الكتابة (و هذا) إشارة إلي بيان بطلان العتق (لأنه) أى لأن العتق

(١)فرواه البيهقيّ في الباب المذكور آنفا. أقول و لنا أيضا ما رواه عبدالرزاقّ في كتاب المكاتب باب ميراث ولد المكاتب و له ولد أحرار ص٣٩٣ ج٩ فقال أخبرنا معمر عن قتادة عن معبد الجهني قال سألني عبدالملك بن مروان عن المكاتب يموت و له ولد أحرار و له مال اكثر مما بقي عليه فقلت له قضى فيها عمر بن الخطاب و معاوية رضى الله تعالى عنهما بقضائين و قضاء معاوية رضى الله تعالى عنه فيها أحب إليّ من قضاء عمر رضى الله تعالى عنه قال و لم؟ قلت لأن داؤد عليه السلام كان خيرا من سليمان عليه السلام ففهمها سليمان عليه السلام فقضى عمر رضى الله تعالى عنه أن ماله كلّه لسيده و قضى معاوية رضى الله تعالى عنه أن سيده يعطى بقية كتابته ثم ما بقي فهو لولده الأحرار و قال العلامة ابن التركمانيّ في الجوهر النقي: سنده جيد و قال العلامة العثمانيّ في الاعلاء (ص٢٥٧ ج١٦): قلت اختار ابو حنيفة رحمه الله تعالى مذهب معاوية رضى الله تعالى عنه الذى رجحه معبد الجهنيّ و حجة عمر رضى الله تعالى عنه أن عتق المكاتب مشروط باداء كل بدل الكتابة و لم يوجد هذا الشرط فلا يعتق و الجواب عنه أن كون العتق مشروطا باداء الكل مسلم و لكنه لا يشترط فيه أن يؤدى بنفسه بل لو أدى بنائبه كفى فلما مات عن وفاء فكأنه سلم إلى ورثته مال مولاه و قال لهم أدوه إليه فصار حرا بهذا التسليم و الوصية الحكمية و يجزىء هذا الاداء الحكمى عن الاداء الحقيقى لأنه ليس في قدرته عند الموت إلا هذا و هو محتاج إلى الحرية فيكتفى به استحسانا و الله تعالى اعلم. (٢)رواه البيهقيّ في كتاب المكاتب باب موت المكاتب ص٣٣١ ج١٠.

لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً أو يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه إلى الأول لعدم المحلية و لا إلى الثانى لفقد الشرط و هو الأداء و لا إلى الثالث لتعذر الثبوت فى الحال و الشيء يثبت ثم يستند و لنا أنه عقد معاوضة و لا يبطل بموت أحد المتعاقدين و هو المولى فكذا بموت الآخر و الجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق بل أولى

(لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً) أى على ما بعد الموت (أو يثبت قبله) أى قبل الموت (أو بعده مستنداً) أى أو يثبت بعد الموت حال كونه مستندا إلى حال حياته فهذه ثلاثة أحوال كلها باطلة أشار إليه بقوله (لا وجه إلى الاول) و هو أن يثبت العتق بعد الممات مقصورا (لعدم المحلية) لأن الميت ليس بمحل لانشاء العتق و لا بد له من محل (و لا إلى الثانى) أى و لا وجه إلى الثانى و هو أن يثبت العتق قبل الموت (لفقد الشرط و هو الأداء) لأن المعلق بالشرط لا يسبق الشرط و إلا يلزم وجود المشروط قبل وجود الشرط و هذا بخلاف موت المولى فان العقد يبقى و يعتق المكاتب بالأداء إلى ورثته لأن المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد و العقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد (و لا إلى الثالث) أى و لا وجه أيضاً إلى الثالث و هو أن يثبت العتق بعد الممات مستندا إلى حال حياته لأن الشيء يثبت فى الحال ثم يستند و هذا الشيء لم يثبت بعد و هو معنى قوله (لتعذر الثبوت) أى ثبوت العتق (فى الحال و الشيء يثبت ثم يستند) و هذا لم يثبت فلم يستند (و لنا أنه) أى أن عقد الكتابة (عقد معاوضة) احترز به عن النكاح و الوكالة و نحوهما (و لا يبطل بموت أحد المتعاقدين و هو المولى) احترز به عن الاجارة فانها عقد معاوضة يبطل بموت أحد المتعاقدين فالكتابة لا تبطل بموت المولى (فكذا) أى لا يبطل (بموت الآخر) و هو المكاتب (و الجامع بينهما) أى بين موت المولى و موت المكاتب في عدم البطلان (الحاجة إلى إبقاء العد لإحياء الحق) يعنى إذا جاز إبقاء العقد بعد موت المولى لحاجته إليه ليصل إلى مقصوده و هو الولاء فكذا يجوز إبقاء العقد بعد موت المكاتب لحاجته إليه ليصل إلى مقصوده و هو شرف الحرية (بل (١) أولى) أى

(١) بل أولى الخ. يحققه أن الاجماع انعقد على جعل المولى معتقا بعد موته و لم تنفسخ الكتابة بموته فكان ذلك دليلا على جعل المكاتب معتقا بعد موته بالطريق الأولى لأن الاعتاق فعل و كونه معتقا وصف وليس بفعل و الموت ينافى الأفعال و لا ينافى الصفات و لأن من شرط كونه معتقا أن يكون مالكا و من شرط كونه معتقا أن يكون مملوكا و الموت أنفى للمالكية من المملوكية و أنفى لكونه معتقا من كونه معتقا ألا ترى أن الجمادات توصف بالمملوكية و لا توصف بالمالكية فاذا جعل المولى معتقا بعد الموت كان جعل المكاتب معتقا بالطريق الأولى اه غاية كذا فى الهامش على التبيين.

لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه و الموت أنفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حياً تقديراً أو يستند الحرية باستناد سبب الأداء

بل ابقاء العقد فى جانب المكاتب أولى (لأن حقه) أى حق المكاتب (آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه) أى جانب المولى حتى لو أراد المولى أن يبطله ليس له ذلك بخلاف المكاتب فان الذى استحقه المولى من قبله ليس بلازم حتى لو عجز نفسه يبطل حقه فإذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب و انه ألزم أولى أن لا تبطل قيل قوله بل أولى يجوز أن يكون جواباً عما يقال ليس بموت المكاتب كموت العاقد لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه و هو المكاتب دون العاقد و وجهه ما بيناه آنفاً (و الموت (١) أنفى) بالنون و الفاء من النفى و هو صيغة أفعل للتفضيل (للمالكية منه) أى من نفى الموت (للمملوكية) فان المملوكية ضعف و الموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا و فى المالكية ضرب قوة و الموت ينافيها (فينزل حياً تقديراً) هذا (٢) جواب عن الترديد الذى ذكره الخصم أى إذا كان الأمر كذلك ينزل المكاتب حياً تقديراً كما ينزل الميت حيا فى حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين مستغرق و فى حق التجهيز و التكفين و تنفيذ الوصايا فى الثلث (أو يستند الحرية باستناد سبب الأداء) الذى هو عقد الكتابة

(١)و الموت أنفى للمالكية منه للملوكية لأن المملوكية عبارة عن العجز و المالكية عبارة عن القدرة و الموت أنفى للقدرة منه للعجز فاذا بقى العقد مع أقوى المنافيين أى موت المولى فمع أدناهما أى موت العبد أولى ألا ترى أن مملوكية العبد باقية بعد موته لحاجته حتى وجب الكفن على مولاه فكذا هنا أيضا تبقى المملوكية لحاجته و هى أشرف بل أولى لما فيها من التعدى للاتباع كالأولاد و أمهاتهم أو نقول للمكاتب يثبت بالكتابة مالكية اليد فى مكاسبه و بها يتمكن من اداء الكتابة فتبقى تلك المالكية بعد موته لأن حاجته إلى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة المولى كذا فى التبيين. (٢)هذا جواب الخ. و فى الكفاية و التبيين: و أما ما ذكره الشافعى رحمه الله تعالى من الترديد فنقول إنه يعتق بعد الموت عند البعض بأن يقدّر حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى حيا مالكا معتقا بعد موته و لهذا يقدر الميت حيا فى حق ما يحتاج إليه من أمواله كتجهيزه و قضاء دينه و تنفيذ وصاياه و عند الجمهور أنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته إما لأن سبب الأداء موجود قبل الموت فيستند الأداء إليه فيكون أداء خلفه كأدائه بنفسه. فان قيل الأداء فعل حسى و الاستناد إنما يكون فى التصرفات الشرعية قلنا نعم لكن فعل النائب مضاف إلى المنوب عنه و هذه الاضافة شرعية ألا ترى أن من رمى صيدا فمات الرامى قبل أن يصيبه ثم أصاب السهم الصيد صار مالكا له حتى يورث عنه و الميت ليس بأهل له و لكن لما صح السبب و الملك يثبت بعد تمام السبب و تمامه بالاضافة إليه و هو ليس بأهل له يثبت الملك من حين الامكان و هو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا و هو عقد الكتابة و العتق موقوف على الأداء و الأداء جاز بعد الموت و الحكم و هو وقوع العتق مما يمكن إثباته من حين الموت كالملك فى تلك الحالة حكمنا بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته و إما بأن يقام الترك الموجود منه فى آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخلية بين المال و بين المولى و هو الأداء المستحق عليه.

إلى ما قبل الموت و يكون أداء خلفه كأدائه و كل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات و قال و إن لم يترك وفاء و ترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته و عتق الولد لأن الولد داخل في كتابته

(إلى ما قبل الموت) فإن قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط أجاب المصنف عنه بقوله (و يكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم ذلك و لا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء بل بقدر الأداء قبل العتق فإن قيل لو قذفه قاذف بعد أداء بدل الكتابة في حياته يحد قاذفه و لو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه و الحال أنه لا يحد قلنا يثبت الحرية في آخر حياته لضرورة حاجته إليها و الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا تظهر في حق إحصانه فلا يحد قاذفه مع أن الحدود تدرأ بالشبهات و الحرية ههنا تثبت مع الشبهة و ما يثبت بالاستناد يثبت من وجه (و كل ذلك ممكن) و الإشارة إلى ما ذكره من قوله فينزل حياً تقديرا و قوله أو يستند الحرية إلى آخره و قوله و يكون أداء خلفه كأدائه (على ما عرف تمامه) أي تمام أصل هذا الخلاف (في الخلافيات) أراد بها نسخ الخلافيات فان المحققين من أصحابنا المتقدمين صنفوا نسخاً مشتملة على المسائل الفقهية الخلافية و سموها الخلافيات و طريقة الخلاف و ذكروا فيها كثيراً من المسائل الخلافية غير أنهم ما ذكروا من مسائل المكاتب إلا هذه المسألة وحدها (قال) أي القدوري (و إن لم يترك وفاء) أي ما يؤدى به بدل الكتابة (و ترك ولداً مولوداً (١) في الكتابة سعى (٢)) أي الولد المولود في الكتابة (في كتابة أبيه على (٣) نجومه) أي على نجوم أبيه و هذا بالاتفاق لدخوله في كتابته (فاذا أدى) أي الولد المولود في الكتابة (حكمنا (٤) بعتق أبيه قبل موته و عتق الولد) أي و حكمنا بعتق الولد أيضاً (لأن الولد داخل في كتابته

(١)مولودا في الكتابة بأن تزوج أمة باذن مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب و ولدها أو المكاتبة ولدت من غير مولاها كذا في البدائع. (٢)سعى. ظاهره أنه لا بد أن يكون قادرا على السعي و ليس كذلك قال في الكافي لو كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت في مدة الخيار و ماتت و بقي الولد يبقى خياره و عقد الكتابة عند الامام و الثاني رحمهما الله تعالى و له أن يجيزه و إذا أجاز يسعى الولد على نجوم الأم و إن أدى عتقت الأم في آخر جزء من أجزاء حياتها و هذا استحسان و عند الثالث رحمه الله تعالى تبطل الكتابة و لا تصح إجازة المولى و هو القياس اه طوري و ظاهره أنه ينتظر قدرته على السعي و توقف فيه الشرنبلالي و نقل عنه أنه أجاب في هامش حاشيته بأن القاضي ينصب له شخصا وصيا فيجمع له مالا و تنفك رقبته و مثل الصغير المقعد و الزمن و المجنون اه و الله تعالى اعلم كذا في الشامية. (٣)على نجومه فلا يرد إلى الرق إلا إذا أخل بنجم أو نجمين على الاختلاف كذا في البدائع. (٤)حكمنا الخ. كذا جعل العتق مستندا صاحب تنوير الأبصار و الكنز وغيرهما قال في الشرنبلالية و يخالفه ما في الظهيرية من أنه لا يستند بل يقتصر على وقت الأداء كما في الشامية.

و كسبه ككسبه فيخلفه فى الأداء وصار كما إذا ترك وفاء و إن ترك ولداً مشترى فى الكتابة قيل له إما أن تؤدى بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقاً و هذا (١) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و أما عندهما يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود فى الكتابة و الجامع أنه مكاتب عليه تبعاً له و لهذا يملك المولى إعتاقه بخلاف سائر أكسابه و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت شرطاً فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد و المشترى لم يدخل لأنه لم يضف إليه العقد و لا سرى حكمه إليه لانفصاله

---

و كسبه ككسبه فيخلفه فى الأداء وصار) أى حكم هذا (كما إذا ترك وفاء) يعنى لو ترك وفاء كان يعطى بدل الكتابة منه و يحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته و يعتق ولده أيضاً (و إن ترك ولداً مشترى فى الكتابة قيل له إما أن تؤدى بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقاً قال) أى المصنف رحمه الله تعالى (و هذا) يعنى هذا الحكم المذكور فى الولد المشترى (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و أما عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يؤديه إلى أجله) أى أجل الأب (اعتباراً بالولد المولودِ فى الكتابة) أى قياساً عليه (و الجامع) أى المعنى الجامع بين المقيس و المقيس عليه (أنه مكاتب عليه) أى أن الولد المشترى مكاتب على أبيه المكاتب (تبعاً له) أى حال كونه تابعاً لأبيه (و لهذا) أى و لأجل كونه تبعاً له (يملك المولى إعتاقه) أى إعتاق الولد المشترى فى الكتابة كما يملك المولى إعتاق الولد المولود فى الكتابة (بخلاف سائر أكسابه) أى أكساب المكاتب فان المولى لا تصرف له فى أكسابه و لهذا لا يقدر على إعتاق عبد المكاتب و بقولهما قال مالك رحمه الله تعالى (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو الفرق بين الفصلين) يعنى فصل الولد المشترى فى الكتابة و فصل الولد المولود فيها (أن الأجل يثبت (١) شرطاً فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد و المشترى (٢) لم يدخل) أى الولد المشترى لم يدخل فى العقد (لأنه لم يضف إليه العقد و لا سرى حكمه إليه) أى حكم العقد إلى الولد (لانفصاله) أى لانفصال الولد وقت العقد

---

(١) و هذا. ن. قال و هذا. (٢)يثبت شرطا أى خارجا عن العقد و الشرط أمر خارج يتوقف المشروط عليه كذا فى الحميدية. (٣)و المشترى لم يدخل الخ. أورد عليه أنه قد مر فى فصل تصرفات المكاتب أنه إذا اشترى أباه أو ابنه دخل فى كتابته و أيضا لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده باداء البدل حالا و أجيب بأن المراد بدخول المشترى ليس لسراية حكم العقد الجارى بين المكاتب و المولى إليه بل بجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه إياه تحقيقا للصلة و بأن عتق الولد المشترى عنده بالأداء حالا ليس لأجل السراية أيضا بل لصيرورة المكاتب كأنه مات عن وفاء كما أفصح عنه فى الكافى كذا فى تكملة الطورى ملخصا.

بخلاف المولود في الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم إليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فإن اشترى ابنه ثم مات و ترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر و كذلك إن كان هو و ابنه مكاتبين كتابة واحدة لأن الولد إن كان صغيراً فهو تبع لأبيه و إن كان كبيراً جعلا كشخص واحد فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال فإن مات المكاتب و له ولد من حرة و ترك ديناً وفاء لمكاتبته

(بخلاف المولود في الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم اليه) أي فسرى حكم عقد الكتابة إلى الولد المولود في الكتابة (و حيث دخل في حكمه سعى في نجومه) أي حيث دخل الولد المولود في الكتابة في حكم عقد الكتابة سعى في نجوم والده المكاتب (فإن اشترى ابنه) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري و هو من مسائل الجامع الصغير أي فان اشترى المكاتب ابنه (ثم مات) أي المكاتب (و ترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما حكم بحريته) أي بحرية الأب المكاتب (في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه) أي الابن (تبع لأبيه في الكتابة فيكون هذا) أي الابن (حراً يرث عن حر و كذلك) أي الحكم (إن كان هو و ابنه مكاتبين كتابة (١) واحدة) قيد به لأنه لو كانا مكاتبين كل واحد بعقد على حدة لا يرثه ابنه كذا ذكره المحبوبي (لأن الولد إن كان صغيراً فهو تبع لأبيه و إن كان كبيراً جعلا (٢) كشخص واحد فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته) أي بحرية الولد (في تلك الحالة) يعني آخر جزء من أجزاء حياته (على ما مر) من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت (قال) أي محمد في الجامع الصغير (فان مات المكاتب وله ولد من حرة (٣) و ترك ديناً وفاء لمكاتبته) أي ترك ديناً على الناس فيه وفاء ببدل الكتابة و إنما قال ديناً لأنه لو كان عيناً (٤) لا يتأتى القضاء بالإلحاق بالأم إذ يمكن (٥) الوفاء

(١) كتابة واحدة. قيد به احترازا عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد لأن الولد إن كان منفردا بكتابة فاداها بعد الموت قبل قضاء مكاتبه أو بعده لم يرثه لأنه مقصود بالكتابة و إنما يعتق من وقت أداء البدل مقصورا عليه لأن الاستناد للضرورة و لا ضرورة في حقه ههنا فاذا لم يستند عتقه كان عبدا عند موت أبيه فلهذا لا يرثه كذا في الكفاية. (٢)جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة و هذا لأن الكتابة لما كانت واحدة و نجومها واحدة فانهما يعتقان معا إن أديا و يردان معا في الرق إن لم يؤديا و قد عتق العبد في آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق الابن معه في تلك الحالة فيرثه لذلك كذا في الكفاية. (٣)حرة أي معتقة فسرنا الحرة بذلك أخذا من قوله الآتي "فقضى به (أي بالولاء) لموالي الأم" فان حرة الأصل لا ولاء لاحد على ولدها كما في الشامية. (٤)عينا. أقول اريد بالعين ما يعم النقود الموجودة في التركة كما في الشامية. (٥)إذ يمكن الوفاء في الحال. إن قلت إنه قد يمكن الوفاء =>

فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم و إيجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجر (١) الولاء إلى موالى الأب و القضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً و إن اختصم موالي الأم و موالى الأب في ولائه فقضى به لموالى الأم فهو قضاء بالعجز لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً و ذلك يبتنى على بقاء الكتابة و انتقاضها فإنها إذا فسخت مات عبداً و استقر الولاء على موالى الأم و إذا بقيت و اتصل بها الأداء مات حراً و انتقل الولاء

---

في الحال قال السغناقي ذكر هذه المسألة و التي بعدها و هي قوله و إن اختصم موالى الأم إلى آخره لبيان الفرق بينهما (فجنى الولد فقضى به) أي بارش الجناية أو بموجب الجناية (على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة) و كل ما يقرر شيئاً لا يبطله (لأن من قضيتها) أى قضية الكتابة (إلحاق الولد بموالى الأم و إيجاب العقل عليهم) فلا ينافى القضاء على عاقلتها كون الأب مكاتباً (لكن على وجه) يعنى استلزام الكتابة إلحاق الولد بموالى الأم و إيجاب العقل عليهم على وجه (يحتمل أن يعتق) أى المكاتب (فيجر الولاء) أى ولاء الابن (إلى موالى الأب) لأن الولاء كالنسب و النسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه كما إذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء فكان إيجاب العقل من لوازمها و ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه (و القضاء بما يقرر حكمه) أى حكم عقد الكتابة (لا يكون تعجيزاً) لأن كل ما يقرر شيئاً لا يبطله لئلا يعود على موضوعه بالنقض (و إن اختصم موالى الأم و موالى الأب في ولائه) أى ولاء الولد هذه هى المسألة الثانية صورتها مات هذا الولد بعد الأب و اختصم موالى الأب و موالى الأم فقال موالى الأم مات رقيقاً و الولاء لنا و قال موالى الأب مات حراً و الولاء لنا (فقضى به) أى بولائه ( لموالى الأم فهو قضاء بالعجز) أى بعجز المكاتب و فسخ الكتابة اقتضاء (لأن هذا) أى الاختلاف (اختلاف في الولاء مقصوداً) لأن كلاً من الفريقين قصدهم الولاء (و ذلك) أى الولاء (يبتنى على بقاء الكتابة و انتقاضها فانها) أى الكتابة (إذا فسخت مات عبدا) أى مات الولد حال كونه عبدا (و استقر الولاء على موالى الأم و إذا بقيت) أى الكتابة (و اتصل بها الأداء مات حرا) أى مات الولد حال كونه حرا (و انتقل الولاء

---

=> من الدين في الحال بأن يكون المديون حاضرا ساعة موت المكاتب فيطالب بما عليه فيدفع حالا قلت المراد الامكان القريب و هذا إمكان بعيد ط كذا في الشامية. (١)فيجر. ن. فينجر.

**إلى موالي الأب و هذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزاً قال و ما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فإن العبد يتملكه صدقة و المولي عوضاً عن العتق**

---

إلى موالي الأب و هذا) أي بقاء الكتابة و انتقاضها بعد موت المكاتب (فصل مجتهد فيه) لما ذكرنا من أن مذهب زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه الكتابة تنفسخ بموت المكاتب فإذا كان كذلك (فينفذ ما يلاقيه من القضاء) لأن صيانة القضاء المجمع عليه أولى من إمضاء كتابة اختلف الصحابة رضى الله تعالى عنهم في بقائلها (فلهذا) أي فلأجل نفوذ القضاء (كان) أي هذا القضاء (تعجيزاً) فتنفسخ الكتابة قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء و لزومه و ذلك لصيانة القضاء عن البطلان و في صيانته بطلان ما يجب رعايته و هو الكتابة رعاية لحق المكاتب و ليس أحد البطلانين أرجح أجيب بما ذكرنا آنفاً من أن صيانة القضاء إلى آخره ثم اعلم أن في مسألة الأرش إذا ظهر للولد ولاء من قبل الأب عند أداء البدل فموالي الأم لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حياة المكاتب على موالي الأب لأنه إنما حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فلا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة فكان موالي الأم عند حياته مواليه حقيقة فلا يرجعون بما عقلوا و إنما يرجعون بما عقلوا عن جنايته بعد موت الأب قبل أداء البدل لأن عتق الأب لما استند إلى حال حياته تبين أن ولاءه كان لموالي الأب من ذلك الوقت و موالي الأم كانوا مجبورين على الاداء فيرجعون بما أدوا و ذكر التمرتاشيّ هذا الذى ذكرنا فيما إذا مات عن وفاء فان مات لا عن وفاء قال الاسكاف رحمه الله تعالى تنفسخ الكتابة حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة لا يقبل منه و قال أبو الليث رحمه الله تعالى لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ يقبل منه (قال) أي محمدّ في الجامع الصغير (و ما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه) أراد أن المكاتب إذا أخذ شيئاً من الزكاة و أداه إلى مولاه من بدل الكتابة (ثم عجز) أي عن الكتابة (فهو طيب للمولى لتبدل الملك) أي لتغير الملك بتغير السبب (فان العبد يتملكه صدقة) أي حال كونه صدقة (و المولي عوضاً عن العتق) أي و المولي يتملكه حال كونه عوضاً عن العتق و في بعض النسخ عوضاً عن العين فان قلت إن ملك الرقبة كان للمولى فأنى يتحقق تبدل الملك قلت إن ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى و للمكاتب أن يمنع المولى من التصرف في ملكه و ليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه و بالعجز يصير الأمر على العكس و ليس ذلك إلا بتبدل الملك للمولى و قد نظر صاحب العناية فيه بأن قال

و إليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة رضى الله تعالى عنها هي لها صدقة و لنا هدية

لا نسلم أن ذلك تبدل و لئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين و لعل الأولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز و حصل به فكان تبدلاً قلت (١) أول كلامه منع مجرد و الثاني دعوى بلا برهان و قوله و لعل الأولى فيه نظر لأنه إن لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة و ليس المراد منه التبدل حقيقة بأن يراد تبدل الذات و إنما المراد التبدل الحكمي فافهم (و إليه) أي إلى تبدل الملك و الحل بعد التبدل (وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة رضى الله تعالى عنها هي لها صدقة و لنا هدية) مع أن (٢) بريرة رضى الله تعالى عنها كانت مكاتبة لما روى (٣) البخاريّ من حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت جاءت بريرة رضى الله تعالى عنها فقالت إني كاتبت على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقالت عائشة رضى الله تعالى عنها إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدّة واحدة و أعتقك فعلت فيكون ولاؤك لي فذهبت إلى أهلها فأبوا ذلك عليها فقالت إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء فسمع بذلك رسول الله ﷺ فسألني فأخبرته فقال خذيها فأعتقيها و اشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق قالت عائشة رضى الله تعالى عنها فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله و أثنى عليه ثم قال أما بعد فما بال رجال منكم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فأيما شرط كان ليس في كتاب الله فهو باطل و إن كان مائة شرط فقضاء الله أحق و شرط الله أوثق ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق يا فلان و لي الولاء إنما الولاء لمن أعتق و أخرج (٤) البخاريّ و مسلمّ أيضاً عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت كان في بريرة رضى الله تعالى عنها ثلاث سنن

(١) قلت أول كلامه الخ. أقول ليس هذا بشيء فان المنع المجرد و المنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين غاية الأمر أن الثاني أقوى من الأول فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد و أما قوله و الثاني دعوى بلا برهان ففاسد إذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان و الصواب في دفع ذلك أن يقال إن منع التبدل مكابرة إذ لا شك أن الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل و إن منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لأن كونه بمنزلة تبدل العين إنما هو في حكم الشرع دون الحقيقة و كونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه كذا في النتائج. (٢) مع أن بريرة رضى الله تعالى عنها كانت مكاتبة. و في الحواشي اللكنوية: و المشهور أنها كانت معتقة لعائشة رضى الله تعالى عنها لما أهدت إلى رسول الله ﷺ و قال بعض الشارحين أنها كانت مكاتبة أهدت إلى رسول الله ﷺ فلعله كان الاهداء منها مرتين ليحصل التوفيق فان قيل كيف يصح للمكاتبة الاهداء قلت إنه من باب الضيافة اليسيرة فيحل. (٣) روى البخاريّ في المكاتب باب استعانة المكاتب و سواله الناس ص٣٤٨ ج١ و مسلم في العتق باب بيان أن الولاء لمن أعتق ص٤٩٤ ج١. (٤) أخرج البخاريّ في النكاح باب الحرة تحت العبد ص٣٦٣ ج٢ و مسلمّ في العتق باب بيان أن الولاء لمن أعتق ص٤٩٤ ج١.

و هذا بخلاف ما إذا أباح للغني و الهاشمي لأن المباح لهَ يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك و نظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له و لو ملكه يطيب و لو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب و هذا عند محمد رحمه الله تعالى ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده و كذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و إن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لأنه لا خبث في نفس الصدقة و إنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالاً به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة و للهاشمي لزيادة حرمته و الأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه و الفقير إذا استغنى و قد بقي

---

عتقت فخيرت و قال رسول الله ﷺ الولاء لمن أعتق و دخل رسول الله ﷺ و برمة على النار فقرب إليه خبز و أدم من أدم البيت فقال لم أر البرمة فقيل لحم تصدق به على بريرة رضي الله تعالى عنها و أنت لا تأكل الصدقة قال هو لها صدقة و لنا هدية (و هذا) أي الحكم المذكور (بخلاف ما إذا أباح للغني و الهاشمي) أي بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذه من مال الزكاة لغني أو هاشمي فانه لا يباح لهما (لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك) أي فلم يتبدل سبب الملك و لهذا ليس للضيف أن يعطي شيئاً مما تقدم عليه لأنه لم يصر ملكاً حتى يتولى الإعطاء إلى الغير (و نظيره) أي نظير ما ذكر (المشتري شراء فاسداً) بأن اشترى رجل طعاماً مأكولاً بيعا فاسداً (إذا أباح لغيره لا يطيب له) أي لا يطيب للغير تناوله (و لو ملكه يطيب) بأن باعه بيعاً صحيحاً أو وهبه حل له التناول (و لو عجز قبل الأداء إلى المولى) أي و لو عجز المكاتب عن الكتابة قبل أداء ما أخذه من الزكاة إلى المولى (فكذلك الجواب) يعني أنه طيب للمولى على الصحيح (و هذا) أي كون هذا طيباً قبل الأداء أيضاً (عند محمد رحمه الله تعالى ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده) أي عند محمدٌ فان عنده المكاتب إذا عجز ملك المولى أكسابه ملكاً مبتداً و لهذا أوجب نقض الإجارة في المكاتب إذا آجر أمته ظئراً ثم عجز (و كذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى) أي و كذا يطيب له عند أبي يوسفٌ أيضاً (و إن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده) فان للمولى نوع ملك في أكسابه و بالعجز يتأكد ذلك الحق و يصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون و لهذا إذا آجر المكاتب أمته ظئراً ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة (لأنه لا خبث في نفس الصدقة) و إلا لما فارقها أصلا (و إنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالاً به) أي بالآخذ (فلا يجوز ذلك) أي الإذلال و الهوان (للغني من غير حاجة و للهاشمي لزيادة حرمته و الأخذ لم يوجد من المولى فصار) أي المولى (كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه و الفقير إذا استغنى و قد بقي) أي و الحال أنه قد بقي

في أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما و على هذا إذا أعتق المكاتب و استغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال و إذا جنى العبد فكاتبه مولاه و لم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدى لأن هذا موجب جناية العبد في الأصل و لم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختاراً للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع فإذا زال عاد الحكم الأصلي و كذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا (١) من زوال المانع و إن قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق

---

(في أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما) أي لابن السبيل الواصل إلى وطنه و الفقير الذي استغنى و لهذا لو مات ابن السبيل و الفقير حل لوارثهما الغني ما تركاه من الصدقة (و على هذا) أي على ما ذكرنا (إذا أعتق المكاتب و استغنى يطيب له) أي للمكاتب (ما بقي من الصدقة في يده) أي في يد المكاتب لأن الخبث ليس في نفس الصدقة و قد قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى على قول أبي يوسف لا يطيب لأن المكاتب عنده لا يملك أكسابه ملكاً مبتدأ و بالعجز يتأكد ذلك و الصحيح ما ذكره المصنف على الإطلاق (قال) أي محمد في الجامع الصغير (و إذا جنى العبد فكاتبه مولاه و لم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه) أي فإن المكاتب الذي عجز (يدفع) على صيغة المجهول أي يدفع إلى ولي الجناية (أو يفدى) على صيغة المجهول أيضاً (لأن هذا موجب جناية العبد في أصل المسألة) أي لأن هذا الحكم يعني أحد هذين الأمرين مقتضى جناية العبد في أصل المسألة كما علم في بابه (و لم يكن) أي المولى (عالماً بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختاراً للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع) لتعذره (فإذا زال) أي المانع (عاد الحكم الأصلي) و هو الدفع أو الفداء (و كذلك إذا جنى المكاتب و لم يقض به) أي بموجب الجناية عليه (حتى عجز) عن الكتابة يعني يدفع أو يفدى (لما بينا من زوال المانع) من الدفع (و إن قضى به عليه) أي و إن قضى بموجب الجناية على المكاتب (في كتابته) أي في حال كتابة المكاتب (ثم (١) عجز فهو دين) أي ما قضى به من موجب الجناية دين في ذمته (يباع فيه) و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى بالعجز يرد إلى الرق يجبر سيده و عند زفر رحمه الله تعالى و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولاً يباع في قيمته في الفصلين إلا أن يقضي المولى عنه على ما يأتي الآن (لانتقال الحق

---

(١)لما قلنا. ن. لما بينا. (١)ثم عجز. و في الدر المختار: قيد بالعجز لأن جنايات المكاتب عليه في كسبه و يلزمه الأقل من قيمته و من الأرش و إن تكررت قبل القضاء فعليه قيمة واحدة و لو بعده فقيم و لو أقر بجناية =>

من الرقبة إلى قيمته بالقضاء و هذا قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قد رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى إليه و كان يقول أولاً يباع فيه و إن عجز قبل القضاء و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن المانع من الدفع و هو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر و أم الولد و لنا أن المانع قابل للزوالللترد و لم يثبت الانتقال

من الرقبة إلى قيمته بالقضاء) أراد أن انتقال الحق بالقضاء من الموجب الأصلي و هو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة للقضاء (و هذا قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قد رجع أبو يوسف إليه) أي إلى قولهما (و كان يقول أولاً يباع فيه) أي في موجب الجناية (و إن عجز قبل القضاء) إلا أن يقضي المولى عنه (و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن المانع من الدفع) إلى ولي الجناية (و هو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت) أي الجناية (انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر و أم الولد) فان جنايتهما موجبة للقيمة بنفس الوقوع إلا أن حكم جناية المدبر وجوب القيمة على المولى لأن كسب المدبر للمولى و حكم جناية المكاتب وجوب القيمة على المكاتب لأن كسبه ملكه و قوله انعقدت موجبة للقيمة و كذا قوله السابق لانتقال الحق من الرقبة الخ يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها و من أرش الجناية و هو مخالف لما ذكر في رواية الكرخي و المبسوط من أن الواجب هو الأقل من القيمة و من أرش الجناية و على هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية (و لنا أن المانع) من الحكم الاصلي (قابل للزوال) لقبول الكتابة الفسخ و الزوال (للتردد) أي لتردد المكاتب بين أن يؤدي فيعتق و بين أن يعجز فيرد إلى الرق (و لم يثبت الانتقال) عن الموجب الاصلي

=> خطأ لزمته في كسبه بعد الحكم بها و لو لم يحكم عليه حتى عجز بطلت اه. و في رد المحتار على الدر المختار: (قوله و يلزمه الأقل الخ) فلو الأرش أقل وجب لأن المجني عليه لا يستحق أكثر منه و لو القيمة أقل وجبت لأن حكم الجناية تعلق برقبته (قوله قبل القضاء) أي بموجب الحناية الأولى (قوله فعليه قيمة واحدة) يعني إذا كانت أقل من الأرش و إلا فالواجب الأقل منها و من الأرش كما صرح به في شرح المجمع و الشرنبلالية. بقي هنا ثلاثة أمور الأول أن المراد بالأرش في هذه المسئلة جملة أروش الجنايات التي جناها فيصير المعنى يجب الاقل من قيمة واحدة و من جملة الأروش. الثاني أن ذلك الأقل يقسم بين أرباب الجنايات بالحصص. الثالث أن ما بقي من الأروش يطالب به بعد العتق و كل من هذه الثلاثة يحتاج إلى التنقير عليه في كتب المذهب ح (قوله و لو بعده فقيم) حتى لو جنى جنايتين مثلا وجب عليه الأقل من قيمته و من أرش الأولى و يجب عليه الأقل من قيمته و من أرش الثانية ح (قوله بطلت) أي في الحال في حق المولى قال في شرح درد البحار لو عجز بعد إقراره بقتل خطأ قبل القضاء بقيمته يطالب بعد عتقه اتفاقا اه

في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضاء و صار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده و احتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير و الاستيلاد لأنهما لا يقبلان الزوال بحال قال و إذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدى إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية و سبب حق المرء حقه و قيل له أدّ المال إلى ورثة المولى على نجومه لأنه استحق الحرية على هذا الوجه و السبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة

---

(في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضاء) فان قيل قوله و لم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لأن مذهب زفر رحمه الله تعالى أن جناية المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضاء أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي (و صار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا) أي كحكم العبد المبيع الآبق قبل القبض حكم المكاتب المذكور (بخلاف التدبير و الاستيلاد لأنهما لا يقبلان الزوال بحال) فكان الموجب في الابتداء هو القيمة (قال) أي القدوري (و إذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ (١) الكتابة كيلا يؤدى إلى إبطال حق المكاتب) أي العبد المكاتب (إذ الكتابة سبب الحرية و سبب حق المرء حقه) لافضائه إلى حصوله الحاصل أن الحرية حق العبد و الكتابة سببها فتكون الكتابة حقه و الحق لا يبطل بالموت كما لو كان له على آخر دين و مات الآخر (و قيل له) أي للمكاتب (أدّ (٢) المال إلى ورثة المولى على نجومه) أي مؤجلاً (لأنه) أي المكاتب (استحق الحرية على هذا الوجه) يعني بالأداء على النجوم (و السبب انعقد كذلك فيبقى) أي عقد الكتابة (بهذه الصفة

---

(١) لم تنفسخ الكتابة. أقول لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا كما في المغني ص ٣٦٧ ج ١٢. (٢) أدّ المال الخ. قال في الجوهرة و لو دفع إلى وصي الميت عتق سواء كان على الميت دين أولا لأن الوصي قائم مقام الميت فصار كما لو دفعه إليه و إن دفعه إلى الوارث إن كان على الميت دين لم يعتق لأنه دفعه إلى من لا يستحق القبض منه فصار كالدفع إلى أجنبي و إن لم يكن عليه دين لم يعتق أيضا حتى يؤدى إلى كل واحد من الورثة حصته و يدفع إلى الوصي حصة الصغار لأنه إذا لم يدفع على هذا الوجه لم يدفع إلى المستحق اهـ. و ظاهر إطلاقه أنه إذا لم يدفع للوصي و دفع للوارث و كان عليه دين لا يعتق و إن لم يكن الدين مستغرقا و به صرح الزيلعي قال ابو السعود و فيه نظر ففي غاية البيان إذا كان الدين محيطا بماله يمنع إنتقاله إلى الوارث فيفيد أن غير المحيط لا يمنع فحينئذ يعتق بقبض الوارث فتدبر اهـ كذا في الشامية. و في تقريرات الرافعي: (قوله قال ابو السعود و فيه نظر الخ) الظاهر اعتماد ما في الزيلعي لأنه صريح و يكون الدائن كأحد الورثة فيقدم على المفهوم من عبارة غاية البيان.

**و لا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه و هذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسب الوراثة فإن أعتقوه جميعاً عتق (١) و سقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم و قد جرى فيه الإرث فإذا برىء**

---

و لا يتغير) و هذا لأن المولى لما كان صحيحاً صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه بخلاف ما إذا كان مريضاً و كاتبه فإن المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالاً أو يرد رقيقاً لأنه لما كان مريضاً لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كاسقاطه فان قلت من أين علم ههنا أن المولى كان صحيحاً قلت وضع المسألة على الاطلاق يدل على ذلك لأن ذلك هو المطلق من الأحوال (إلا أن الورثة) استثناء من قوله و لا يتغير قيل و كأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية و قد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة و هو تغير فقال إلا أن الورثة (يخلفونه في الاستيفاء) فلا يكون تغيرا في عقد الكتابة لأنها باقية كما كانت فكما أن سائر الديون يخلفونه فيه و لا يسمى ذلك تغيراً فكذلك دين الكتابة و قال الطحاويّ في مختصره و من مات و له مكاتب كانت المكاتبة التي على المكاتب مورثة عن مولاه كما يورث عنه سائر أمواله سواها و قال الاسبيجابيّ في شرحه المكاتب لا يورث و إنما يورث ما في ذمته من بدل الكتابة فان أدى و عتق يكون الولاء من الميت لا من الورثة حتى أنه يرثه الذكور من عصبة الميت دون الاناث (فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه) أي لأن المعتق لم يملك المكاتب حتى يصح عتقه و في شرح الأقطع و قال الشافعي رحمه الله تعالى ينفذ عتقه و هذا الخلاف فرع على أصل و هو أن المكاتب لا يصح بيعه و لا يصح أن يملك و قال الشافعي رحمه الله تعالى في أحد قوليه يجوز (و هذا) توضيح لما قبله (لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة) فاذا لم يملك لم يصح عتقه لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (فان أعتقوه جميعاً) أي مجتمعين (٢) (عتق) أي استحساناً و القياس أن لا يعتق هنا أيضاً لأنه أضيف تصرفهم إلى ما ليس بملكهم غير أن الاستحسان جوزه فصح (وسقط عنه بدل الكتابة لأنه) أي لأن إعتاقهم جميعاً (يصير ابراء عن بدل الكتابة) هذا وجه الاستحسان (فإنه) أي بدل الكتابة (حقهم و قد جرى فيه) أي في بدل الكتابة (الارث) فلهم أن يتركوا حقهم (فاذا برىء

---

(١) عتق وسقط عنه بدل الكتابة و معناه يعتق من جهة الميت حتى أن الولاء يكون للذكور من عصبته دون الاناث كذا في الجوهرة. (٢) مجتمعين يعني في مجلس واحد فان حرره بعضهم في مجلس و الآخر في آخر لم ينفذ عتقه على الصحيح كذا في الدر المختار و قيل يعتق إذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الأول زيلعي و بالثاني جزم القهستانيّ كذا في رد المحتار.

المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحاً لعتقه و الاعتاق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه فى المكاتب لا فى بعضه و لا فى كله و لا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم.

## كتاب الولاء

---

المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى) من بدل الكتابة فانه كان يسقط البدل و يعتق فكذلك ههنا (إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة) هذا جواب عما يقال اجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه فقال (لا يصير) أى اعتاق أحد الورثة و فى بعض النسخ لا يكون (إبراء عن نصيبه لأنا نجعله إبراء) أى لأنا نجعل اعتاق الكل إبراء (اقتضاء) أى بطريق الاقتضاء و هو جعل غير المنطوق منطوقاً لتصحيح المنطوق (تصحيحاً لعتقه) لأن إعتاق المكاتب لا يتصور من الورثة إلا بهذا الطريق لأنهم ما ملكوه فجعل إعتاقهم إبراء للبدل تصحيحاً لتصرفهم و صوناً لكلامهم عن الالغاء (و الاعتاق لا يثبت) أى فى المكاتب (بابراء البعض) أى بابراء بعض بدل الكتابة (أو أدائه) أى أو أداء بعض البدل و قوله (فى المكاتب) يرجع إلى الصورتين (لا فى بعضه) أى لا يثبت الاعتاق فى بعض المكاتب (و لا فى كله) أى و لا يثبت الاعتاق فى كل المكاتب لأن عتقه معلق بسقوط جميع البدل و لهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق منه شيء و إذا لم يمكن اثبات المقتضى لا يثبت المقتضى (و لا وجه إلى إبراء الكل) يعنى فى صورة إبراء البعض لأن الكل حق الكل و هو معنى قوله (لحق بقية الورثة) لأن الكل مشتركون فيه (والله اعلم) فائدة: شرط الخيار جائز فى عقد الكتابة عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى.

## (كتاب الولاء)

أورده عقيب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقبة قيل الاعتاق أيضاً زوال ملك الرقبة فكان ينبغى أن يذكر عقيبه أجيب بأن فيه أثرا من آثار التكاتب و هو المرجح لايراده ههنا دون عقيب الاعتاق ثم (١) الولاء و الولاية بالفتح النصرة و المحبة إلا أنه اختص فى الشرع بولاء العتق و

---

(١) ثم الولاء الخ. أقول فيه خلل لأن الولاء المشتق من الولى الذى هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة و المحبة بل يكون عبارة عن القرابة لأن الاشتقاق أن يجد بين اللفظين تناسبا فى اللفظ و المعنى و لا تناسب فى المعنى بين الولى الذى معناه القرب و بين الولاء بمعنى النصرة و المحبة و إنما التناسب فى اللفظ و المعنى بين الولى بمعنى القرب و بين الولاء بمعنى القرابة و عن هذا قال فى الكافى و الكفاية هو من الولى بمعنى القرب و يقال بينهما ولاء أى قرابة و منه قوله عليه الصلاة و السلام الولاء لحمة كلحمة النسب أى وصلة كوصلة النسب اه كذا فى النتائج. و قال العلام العينىّ فى العمدة (ص ٢٥١ ج ٢٣) الولاء بالفتح مشتق من الولاية بالفتح و هى النصرة و المحبة =>

**قال الولاء نوعان ولاء عتاقة و يسمى ولاء نعمة و سببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له**

ولاء الموالاة و اشتقاقه من الولي و هو القرب و حصول الثاني بعد الأول من غير فصل و في عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث و العقل (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (الولاء نوعان ولاء عتاقة) أي أحدهما ولاء عتاقة و تنوع الولاء إلى نوعين باختلاف السبب (و يسمى) أي ولاء العتاقة (ولاء نعمة) اقتداء بكتاب الله تعالى ﴿و إذا (١) تقول للذى انعم الله عليه و أنعمت عليه﴾ أي أنعم الله عليه بالاسلام و أنعمت عليه بالاعتاق و الآية نزلت في زيد بن حارثة مولى رسول الله ﷺ (و سببه) أي سبب (٢) ولاء العتاقة (العتق على ملكه في الصحيح) احترز بالصحيح عن قول أكثر أصحابنا حيث قالوا إن سببه الاعتاق مستدلين بقوله عليه الصلاة و السلام الولاء لمن أعتق و وجه الصحيح ما أشار إليه بقوله (حتى لو عتق قريبه عليه) أي على الشخص (بالوراثة (٣) كان الولاء له) أي للذى ورثه و لا اعتاق ههنا فعلم أن السبب هو العتق و الحكم يضاف إلى سببه يقال ولاء العتاقة و لا يقال ولاء الاعتاق و قال الأترازيّ استدلالهم بقوله عليه الصلاة و السلام الولاء لمن أعتق ضيعف فان من يملك القريب يعتق عليه و يثبت الولاء بإجماع أهل العلم و فيه نظر لأن عندهم إذا ملك قريبه يعتق عليه و لا يثبت الولاء لعدم الاعتاق نص عليه تاج الشريعةّ و غيره فكيف يقول و يثبت الولاء بإجماع أهل العلم و الأوجه أن يقال جعل العتق سبباً أولى لعمومه بخلاف الاعتاق و أما (٤) قوله عليه الصلاة و السلام الولاء لمن أعتق فالولاء فيه أيضا للعتق لا للاعتاق

=> لأن في ولاء العتاقة و الموالاة تناصرا و محبة أو من الولي و هو القرب و هي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة و هي المتابعة لأن في ولاء العتاقة إرثا يوالي وجود الشرط و كذا في ولاء الموالاة و في الشرع هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة و عن إثارة الارث و العقل اهـ. (١)و إذ تقول الآية. الأحزاب:٣٧. (٢)سبب ولاء العتاقة الخ. قال العلام الكاسانيّ في البدائع: أما سبب ثبوت ولاء العتاقة فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه و هو الاعتاق أو ما يجرى مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب و قبول الهبة و الصدقة و الوصية أو بغير صنعه بأن ورث قريبه و سواء أعتقه طوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل و الظهار و الافطار و اليمين و النذر و سواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل و هو الاعتاق على مال و سواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا إلي وقت و سواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصحيح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية و كذا العتق الحاصل بالتدبير و الاستيلاد اهـ. (٣)بالوراثة كما لو مات أبوه و هو مالك لأخيه لأمه كذا في رد المحتار. (٤)و أما قوله عليه الصلاة و السلام الخ. و في التبيين: و الحديث لا ينافي أن يكون العتق على الملك هو السبب لأن العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة و تخصيصه به خرج مخرج الغالب اهـ أو أن القصر إضافي حموى عن المقدسي فيكون المعنى الولاء لمن أعتق لا لمن شرطه لنفسه من بائع و نحوه كواهب و موص أبو السعودّ كذا في الشامية.

و ولاء موالاة و سببه العقد و لهذا يقال ولاء العتاقة و ولاء الموالاة و الحكم يضاف إلى سببه و المعنى فيهما التناصر و كانت العرب تتناصر بأشياء و قرر النبى عليه الصلاة و السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال إن مولى القوم منهم و حليفهم منهم

---

لأن فى الاعتاق عتقاً بدون عكس فالإستدلال بما فيه العموم أولى (و ولاء موالاة) أى النوع الثانى ولاء موالاة و سيجىء بيانه إن شاء الله تعالى (و سببه العقد) أى سبب ولاء الموالاة عقد الموالاة (و لهذا يقال ولاء العتاقة و ولاء الموالاة) باضافة الولاء إلى العتاقة و الموالاة (و الحكم يضاف إلى سببه) كما عرف فى الأصول (و المعنى (١) فيهما التناصر) هذا بيان مفهومهما الشرعى أراد أن الولاء فى الشرع عبارة عن التناصر سواء كان ذلك ولاء عتاقة أو ولاء موالاة و من آثار التناصر العقد و الإرث ثم أشار إلى بيان ذلك بقوله (و كانت العرب تتناصر بأشياء) كالقرابة و الصداقة و المؤاخاة و الحلف و العصبة و ولاء العتاقة و ولاء الموالاة (و قرر النبى عليه الصلاة و السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه) و هما ولاء العتاقة و ولاء الموالاة ثم فسر ذلك بقوله (فقال عليه الصلاة و السلام) أى فقال النبى ﷺ (إن مولى القوم منهم و حليفهم منهم) هذا الحديث رواه (٢) أربعة من الصحابة رضى الله عنهم. الأول رفاعة بن رافع الزرقى رضى الله تعالى عنه روى حديثه أحمدؒ فى مسنده و ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه فى كتاب الأدب حدثنا وكيع عن سفيان عن عبدالله بن عثمان بن خيثم عن اسماعيل بن عبيد بن رفاعة بن رافع الزرقى عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ مولى القوم منهم و ابن اختهم منهم و حليفهم منهم و من طريق ابن أبى شيبةؒ رواه الطبرانىؒ فى معجمه و رواه الحاكمؒ فى المستدرك فى تفسير سورة الأنفال و قال حديث صحيح الاسناد و لم يخرجاه و رواه البخارىؒ فى كتابه المفرد فى الأدب حدثنا عمرو بن خالد الحرانى ثنا زهير ثنا عبدالله بن عثمان به و ذكر فيه قصة و لفظه أن النبى ﷺ قال لعمر إجمع لى قومك فجمعهم فلما حضروا باب النبى ﷺ دخل عليه عمر رضى الله عنه فقال قد جمعت لك قومى فسمع ذلك الأنصار فقالوا قد نزل فى قريش الوحى فجاء المستمع و الناظر ما يقال لهم فخرج النبى ﷺ فقام بين أظهرهم فقال هل فيكم من غيركم قالوا نعم فينا حليفنا و إبن أختنا و موالينا فقال النبى ﷺ

---

(١) و المعنى فيهما الخ. مراد المصنفؒ بهذا القول بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما و عن هذا قال صاحب الكافىؒ بدل قول المصنفؒ و المعنى فيهما التناصر و المطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا فى الأفكار (٢) رواه أربعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم كذا فى نصب الراية ص١٤٨ ج٤.

**و المراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال و إذا أعتق المولى مملوكه فولاءه له لقوله عليه الصلاة و السلام**

---

حليف القوم إلى آخره و رواه أحمد أيضاً حدثنا عفان ثنا بشر بن المفضل ثنا عبدالله بن عثمان بن خيثم به. الثاني أبو هريرة رضي الله عنه روى حديثه البزار في مسنده حدثنا زريق بن السحت ثنا محمد بن عمر بن واقد عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال حليف القوم منهم و ابن أختهم منهم. الثالث عمرو بن عوف رضي الله تعالى عنه روى حديثه الدارمي و ابن أبي شيبة و اسحاق بن راهويه رحمهم الله تعالى في مسانيدهم و الطبراني في معجمه من حديث كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده عمرو بن عوف رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ كان قاعداً معهم فدخل بينهم ثم قال ادخلوا على و لا يدخل عليّ إلا قرشي قال فتسللت فدخلت فقال رسول الله ﷺ يا معشر قريش هل معكم أحد ليس منكم قالوا يا رسول الله ﷺ معنا ابن الأخت و المولى و الحليف فقال رسول الله ﷺ ابن أخت القوم منهم و حليفهم منهم و مولاهم منهم و من طريق ابن أبي شيبة رواه ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث. الرابع عتبة بن غزوان رضي الله تعالى عنه روى حديثه الطبراني في معجمه حدثنا الحسن بن علي العمري ثنا عبدالملك بن بشير الشامي ثنا عمر أبو حفص ثنا عتبة بن ابراهيم بن عتبة بن غزوان عن أبيه عن عتبة بن غزوان رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال يوماً لقريش هل فيكم من ليس منكم قالوا ابن أختنا عتبة بن غزوان رضي الله تعالى عنه قال ابن أخت القوم منهم و حليف القوم منهم و رواه ابن سعد في الطبقات أخبرنا محمد بن عمر الواقدي ثنا ابراهيم بن محمد بن شرجيل العبدي عن مصعب بن محمد بن شرجيل عن محمد بن شرجيل بن حسنة عن عتبة بن غزوان فذكره فهذه الأحاديث ترد على أبي الحسن بن العز حيث يقول في كتابه "التنبيه على مشكلات الهداية" الثابت مولى القوم منهم و أما قوله و حليف القوم منهم فلا يعرف في كتب الحديث هذه الزيادة (و المراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف) أي المراد بقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ و حليفهم هو مولى الموالاة و لقائل أن يقول لا نسلم أن يكون المراد بالحليف مولى الموالاة و من أين علم أنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف بل الحلف أنهم كانوا يتحالفون على أن يكونوا يداً واحدة على من عاداهم و خالفهم و لا يفهم من ذلك عقد الموالاة (قال) أي القدوري (و إذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ

**الولاء لمن أعتق و لأن التناصر به فيعقله و قد أحياه معنى بإزالة الرق عنه**

(الولاء لمن أعتق) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها لما اشترت بريرةً اشترط أهلها أن ولاء ها لهم فسألت عائشة رضى الله تعالى عنها النبى ﷺ فقال أعتقيها فانما الولاء لمن أعتق أخرجه (١) البخاريّ في المكاتب و مسلمٌ و أبو داودٌ في العتق و الترمذيّ في الولاء و النسائيّ و ابن ماجةٌ في الأحكام و أخرج (٢) مسلمٌ عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال أرادت عائشة رضى الله تعالى عنها أن تشترى جارية تعتقها فأبى أهلها إلا أن يكون لهم الولاء فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن أعتق و قال عبد الحقّ في الجمع بين الصحيحين و أخرجه (٣) البخاريّ من حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه في المكاتب و في الفرائض و وجه (٤) الإستدلال بهذا الحديث أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم فان قلت الإستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الإعتاق قلت الأصل في الإشتقاق هو مصدر الثلاثي و هو العتق (و لأن التناصر به) أى و لأن التناصر يحصل بسبب الاعتاق (فيعقله) أى إذا كان المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق فيعقله لأنه إذا غنم بنصره يغرم عقله (و قد أحياه معنى) أى و قد أحيا المولى مولاه من حيث المعنى (بازالة الرق عنه) لأن الرقيق هالك حكماً ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التى تعلقت بالاحياء نحو القضاء و الشهادة و السعي إلى الجمعة و

(١)أخرجه البخاريّ في كتاب المكاتب في الأبواب المختلفة ص٣٤٧ و٣٤٨ و٣٤٩ ج١ و مسلمٌ في العتق باب بيان أن الولاء لمن أعتق ص٤٩٣ و ٤٩٤ ج١ و ابو داودٌ في العتق باب في بيع المكاتب إذا فسخت المكاتبة ص١٩٢ ج٢ و الترمذيّ في الولاء باب ما جآء أن الولاء لمن أعتق ٣٤ ج٢ و النسائيّ في البيوع (باب) بيع المكاتب ص٢٢٩ ج٢ و ابن ماجةٌ في العتق باب المكاتب ص١٨٤. (٢)أخرج مسلمٌ في العتق باب بيان أن الولاء لمن أعتق ص٤٩٤ ج١. (٣)أخرجه البخاريّ في المكاتب باب ما يجوز من شروط المكاتب ص٣٤٨ ج١ و في البيوع باب الشرى و البيع مع النساء ص٢٨٩ ج١ و باب إذا اشترط في البيع شروطا لا تحل ص٢٩٠ ج١ و في الفرائض باب ما يرث النساء من الولاء ص١٠٠٠ ج٢. (٤)و جه الاستدلال الخ. أقول لا يذهب عليك أن حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد إذ لا شك أن المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء و الوجه الذى ذكره العلام العينيّ إنما يفيد الثانى دون الأول فلا يتم التقريب و الصواب أن وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة و السلام الولاء و لام الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلامى الجنس و الاختصاص على إختصاص جنس المحامد بالله تعالى كذا في النتائج.

**فيرثه و يصير الولاء كالولاد و لأن الغنم بالغرم و كذلك المرأة تعتق لما روينا و مات معتق لابنة حمزة عنها و عن بنت فجعل النبى عليه الصلاة و السلام المال بينهما نصفين**

الخروج إلى العيدين و أشباه ذلك و بالإعتاق تثبت هذه الأحكام فى حقه فكان احياء معنى و من أحيا غيره معنى (فيرثه) كالوالد (و يصير الولاء كالولاد) و الولاد يوجب الإرث فكذلك الولاء فان قلت ينبغى أن يرث المعتق من المولى أيضاً إذا لم يترك المولى عصبة نسبية كما هو قول الحسن بن زيادؒ قلت المعتق أجنبى عنه و قد جاء فى المعتق نص مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره و ذكر الامام سراج الدينؒ فى شرحه لفرائضه الموسوم بالسراجى أن المعتق لا يرث من المعتق عند العامة و قال اسحاق بن راهويه و الحسن بن زياد و بشر المريسى رحمهم الله تعالى يرث لما روى أن رجلا مات على عهد رسول الله ﷺ و لم يكن له وارث إلا عبداً كان أعتقه فدفع النبى عليه الصلاة و السلام ميراثه إليه و الصحيح قول العامة لأن ذلك الحديث غير صحيح و لئن صح فهو منسوخ بقوله عليه الصلاة و السلام الولاء لمن أعتق و كذلك معارض بقول على و زيد بن ثابت رضى الله عنهما حيث قالا لا ميراث للمعتق (و لأن الغنم بالغرم) أى لأن الغنيمة بازاء الغرامة و هذا (١) يخدم الوجهين فلذلك أخره (و كذا المرأة تعتق) أى و كذا حكم المرأة التى تعتق يعنى أن ولاء معتقها لها و قوله تعتق جملة وقعت حالاً و ليست بصفة لأنها نكرة فلا تقع صفة لمعرفة (لما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام الولاء لمن أعتق و كلمة من عامة تتناول الذكور و الإناث (و مات معتق لابنة حمزة عنها و عن بنت فجعل النبى ﷺ المال بينهما نصفين) هذا معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالاً على ثبوت الولاء للمرأة و جميع

(١) هذا يخدم الوجهين الخ. أقول يريد بالوجهين العقل و الارث لكنه منظور فيه أما أولاً فلأن الدليل على أن يعقل المعتق إنما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم و المذكور ههنا هو الثانى فكيف يخدم الوجه الأول و أما ثانياً فلأنه جعل قول المصنفؒ فيما قبل و لأن التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم فكيف ينتظم حينئذ واو العطف فى قول المصنفؒ و لأن الغنم بالغرم بالنظر إلى الوجه الأول و العطف يقتضى المغايرة بين المعطوف و المعطوف عليه على أنا لو جعلنا قول المصنفؒ و لأن الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا آل المعنى إلى أنه إنما يعقله لأنه يرثه و إنما يرثه لأنه يعقله فأدى إلى الدور كما لا يخفى فالصواب عندى أن قول المصنفؒ و لأن الغنم بالغرم دليل على الوجه الثانى فقط و هو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله و قد أحياه معنى بازالة الرق فكأنه قال لأنه أحياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه و لأن الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله كذا حققه قاضى زادهؒ فى الأفكار.

.........................................

الشراح سكتوا عن بيان أصل هذا الحديث و عن بيان اسم ابنة حمزة هذه و عن بيان حكمه في الصحة فنقول و بالله التوفيق هذا الحديث أخرجه (١) النسائي و ابن ماجة رحمهما الله تعالى في سننيهما في الفرائض عن محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن عبدالله بن شداد عن ابنة حمزة بن عبد المطلب قالت مات مولى لي و ترك ابنة له فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني و بين ابنته فجعل لي النصف و لها النصف ثم أخرجه (٢) النسائي رحمه الله تعالى عن عبدالله بن عون عن الحكم بن عتيبة عن عبدالله بن شداد أن ابنة حمزة رضي الله تعالى عنهما أعتقت مملوكاً لها فمات و ترك ابنته و مولاته الحديث قال و هذا أولى بالصواب من حديث ابن أبي ليلى و ابن أبي ليلى كثير الخطأ و روى (٣) الدار قطني رحمه الله تعالى في سننه في الفرائض عن سليمان بن داود المنقري نا يزيد بن زريع نا سعيد عن قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس رضي الله عنه أن مولى لحمزة رضي الله تعالى عنه توفي فترك ابنته و ابنة حمزة رضي الله تعالى عنهما فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف و لإبنة حمزة النصف انتهى ففي هذا الحديث أن المولى لحمزة و في الحديث السابق أن المولى لابنته و أنها التي أعتقته و لكن هذا الحديث ضعيف فقد قال صاحب التنقيحؒ و سليمان بن داود هذا هو الشاذكوني البصري و قد ضعفوه و كذبه ابن معينؒ و غيره و قال أبو حاتمؒ متروك الحديث و قال البخاري رحمه الله تعالى هو عندي أضعف من كل ضعيف و أما (٤) إسم إبنة حمزة هذه فهو أمامة صرح به الحاكمؒ في المستدرك فرواه في كتاب الفضائل عن إبن أبي ليلى عن الحكم عن عبدالله بن شداد و هو أخو امامة بنت حمزة لأمها عن أخته امامة بنت حمزة بن عبدالمطلب فذكره بلفظ النسائي و سكت عنه هكذا وقع في المستدرك إسمها أمامة قال ابن الأثيرؒ و هو الصحيح و قال ابن عساكرؒ في أطرافه إن لم تكن إبنة حمزة هذه أمامة فلا أدري من هي انتهى و رواه إبن أبي شيبةؒ في مصنفه حدثنا حسين الجعفي عن زائدة عن محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن الحكم عن عبدالله بن شداد عن فاطمة بن حمزة بن عبدالمطلب قالت مات مولى لي و ترك ابنته فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني و بين ابنته فجعل لي النصف و لها النصف و من

---

(١)أخرجه النسائيؒ في سننه الكبرى في الفرائض (باب) توريث الموالي مع ذوي الرحم ص٨٦ ج٤ و ابن ماجةؒ في الفرائض باب ميراث الولاء ص٢٠١. (٢)أخرجه النسائيؒ في الكبرى في الباب المذكور آنفا. (٣)روى الدار قطنيؒ في الفرائض ص٨٣ ج٤. (٤)و أما اسم الخ. كذا في نصب الراية ص١٥٠ ج٤.

**و يستوي فيه الإعتاق بمال و بغيره لإطلاق ما ذكرناه قال فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل و الولاء لمن أعتق لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح**

---

طريق إبن أبى شيبة رواه الطبرانى فى معجمه و رواه إبن أبى شيبة أيضاً حدثنا عبدالله بن ادريس ثنا أبو اسحاق الشيبانى عن عبيد بن أبى الجعد عن عبدالله بن شداد عن فاطمة بنت حمزة رضى الله تعالى عنه فذكره ففى هٰذين الكتابين إسمها فاطمة و رواه أبو داود رحمه الله تعالى فى المراسيل عن شعبة عن الحكم عن عبدالله بن شداد قال أ تدرون ما إبنة حمزة كانت أختى لأمى و أنها لأعتقت مملوكاً لها فتوفى و ترك إبنته و مولاته فجعل رسول الله ﷺ ميراثه بينهما نصفين و روى ابو داود فى مراسيله أيضا ما يخالف هذا عن ابراهيم قال توفى مولى لحمزة بن عبدالمطلب فأعطى النبى ﷺ بنت حمزة النصف و قبض النصف (ويستوى فيه) أى فى ثبوت الولاء (الاعتاق بمال و بغيره) أى و الاعتاق بغير مال و كذا العتق بقرابة أو كتابة عند الأداء أو تدبير أو استيلاد بعد الموت و سواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين و ما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعنى قوله عليه الصلاة و السلام الولاء لمن أعتق و ما ذكره من المعنى المعقول (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (فإن شرط أنه سائبة) أى أن العبد يكون حراً و لا ولاء بينه و بين معتقه و السائبة من ساب الماء يسيب إذا جرى و ذهب كل مذهب قال الصنعانى رحمه الله تعالى فى العباب السائبة (١) العبد كان الرجل إذا قال لغلامه أنت سائبة فقد عتق و لا يكون ولاؤه لمعتقه و يضع ماله حيث شاء و لا عقل بينهما والسائبة أيضاً الناقة التى تسيب فى الجاهلية لنذر و نحوه (فالشرط باطل و الولاء لمن أعتق لأن الشرط مخالف للنص) و هو قوله عليه الصلاة و السلام الولاء لمن أعتق (فلا يصح) أى إذا كان مخالفاً للنص فلا يصح و هذا مذهب جمهور العلماء و عند (٢) أحمد رحمه الله تعالى لم يكن له الولاء عليه إذا أعتقه سائبة فان أخذ من ميراثه شيئا رده فى مثله و فى المنصوص عن أحمد رحمه الله تعالى إن مات و خلف مالاً و لم يدع وارثاً اشترى بماله رقاب فأعتقوا لأن ابن عمر رضى الله عنهما أعتق عبدا سائبة فمات فاشترى ابن عمر رضى الله تعالى عنهما

---

(١) السائبة الخ. كذا فى الصحاح للجوهرى مادة سيب. (٢) و عند احمد الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص٢٤٥ ج٧. و قال العلام العينى فى العمدة باب ميراث السائبة: واختلف العلماء فى ميراث السائبة فقال الكوفيون و الشافعى و احمد و إسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى ولاؤه لمعتقه و قالت طائفة ميراثه للمسلمين و روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه و روى أيضا عن عمر بن عبدالعزيز و ربيعة و أبى الزناد رحمهم الله تعالى و هو قول مالك رحمه الله تعالى و هو مشهور مذهبه و قال الزهرى يوالى المعتق سائبته من شاء فان مات و لم يوال أحدا فولاؤه للمسلمين.

قال و إذا أدى المكاتب عتق و الولاء (١) للمولى و إن عتق بعد موت المولى لأنه عتق عليه بما باشر من السبب و هو الكتابة و قد قررناه فى المكاتب و كذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه و عتقه بعد موته لأن فعل الوصى بعد موته كفعله و التركة على حكم ملكه و إن مات المولى عتق مدبروه و أمهات أولاده لما بينا في العتاق و ولاءهم له لأنه اعتقهم بالتدبير

بماله رقاباً فأعتقهم و قال مالك و مكحول و ابو العالية و الزهرى و عمر بن عبد العزيز رحمهم الله تعالى يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين كذا فعله بعض الصحابة رضى الله تعالى عنهم (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و إذا أدى المكاتب) أى بدل الكتابة (عتق و ولاؤه للمولى و إن عتق بعد موت المولى) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأنه عتق عليه بما باشر من السبب و هو الكتابة و قد قررنا فى المكاتب) أى قررنا فى كتاب المكاتب أن ولاءه لمولاه و هو (٢) قول عامة الفقهاء و عن عمرو بن دينار و أبى ثور رحمهما الله تعالى لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولاؤه كما لو اشتراه أجنبى فأعتقه و قال مكحول رحمه الله تعالى المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته جاز و كان قتادة يقول من لم يشترط ولاء المكاتب فلمكاتبه أن يوالى من شاء و للجمهور حديث بريرة رضى الله تعالى عنها و قد مضى مستقصى (و كذا العبد الموصى بعتقه) أى و كذا يكون ولاؤه للميت لأن العتق يقع عنه (أو بشرائه) أى أو الموصى بشرائه (و عتقه بعد موته لأن فعل الوصى بعد موته) أى بعد موت الموصى (كفعله) أى كفعل الموصى فى حياته (و التركة على حكم ملكه) أى على حكم ملك الموصى الميت فى حق الوصية (و إن مات المولى عتق مدبروه و أمهات أولاده لما بينا فى العتاق و ولاءهم (٣) له لأنه أعتقهم بالتدبير

(١)الولاء. ن. ولاؤه. (٢)و هو قول عامة الفقهاء الخ. كذا في المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص٢٤٩ ج٧. (٣)و ولاؤهم له أى للمولى الميت و فى الشامية: قال ابن الكمال لا يقال كيف يكون الولاء بالتدبير والاستيلاد للسيد و المدبر و أم الولد إنما يعتقان بعد موت السيد لما عرفت أن الولاء ليس نفس الميراث بل قرابة حكمية تصلح سببا له و ثبوتها بالتدبير و الاستيلاد لا يتوقف على العتق بموت المدبر و المستولد صرح بذلك فى المبسوط حيث قال لأن المدبر و المكاتب و المستولد استحق ولاءهم لما باشر السبب و لو سلم أنه ميراث فمعنى كونه للمولى أنه يستوفى منه ديونه و تنفذ وصاياه و لو كان لورثته لما كان كذلك و بما قررنا تبين أن ما ارتكبوه فى دفع ما ذكر من فرض إرتداد المولى منشؤه قلة التدبر بل عدم التدرب اه. و فى تقريرات الرافعى على الشامية: (قوله إنما يعتقان بعد موت السيد لما عرفت أن الولاء الخ) فيه تأمل فانه قبل الموت الملك باق فى المدبر فلا ولاء الآن عليه و إن باشر السبب المفضى إليه بعد الموت و استحقه بمباشرته لكن إن تحقق الموت و قد تقدم أن سببه العتق فلو أثبتناه الآن لثبت الولاء قبل وجود سببه تأمل و لعل الأحسن فى الجواب ما فى الدرر أن ثبوت الولاء فيهما إنما يكون بسبب ثبوته للمولى فانه المستحق له أولاً لصدور سبب العتق منه ثم يسرى منه إلى عصبته.

و الاستيلاد و من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق و ولائه له لوجود السبب و هو العتق عليه و إذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة و هي حامل من العبد عتقت و عتق حملها و ولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصوداً فلا ينتقل ولائه عنه عملا بما روينا و كذلك إذا ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر لأنهما توأمان يتعلقان معاً و هذا بخلاف ما إذا والت رجلا و هي حبلى و الزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء

---

و الاستيلاد) فيه لف و نشر فقوله بالتدبير يرجع إلى قوله مدبروه و قوله والاستيلاد يرجع إلى قوله و أمهات أولاده (و من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق و ولاؤه له لوجود السبب و هو العتق عليه) أي على الذي ملك و قد مر في العتاق مستقصى (و إذا تزوج عبد رجل أمة لآخر) أي لرجل آخر و في بعض النسخ أمة رجل آخر (فأعتق مولى الأمة الأمة و هي حامل من العبد) أي و الحال أن الأمة حامل من العبد (عتقت و عتق حملها و ولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه) أي عن مولى الأم (أبدا (١) لأنه) أي الحمل (عتق على معتق الأم) بكسر التاء (مقصوداً إذ هو) أي الحمل (جزء منها) أي من الأم (يقبل الاعتاق مقصوداً) أي حال كونه مقصوداً بالعتق لأنه أضاف الإعتاق إلى جميع أجزائها و هو منها فيعتق مقصوداً كالأم فإذا كان كذلك (فلا ينتقل ولائه) أي لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الأم (عملا بما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام الولاء لمن أعتق (و كذلك إذا ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر) من حين أعتقت (للتيقين بقيام الحمل وقت الإعتاق) أي للتيقن بوجود الحمل في البطن حين الإعتاق فيعتق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) أي بيوم مثلاً و الآخر بعدها (لأنهما توأمان يتعلقان معاً) لأن المدة المتخللة بين الولادتين إذا كانت أقل من ستة أشهر يكون الولدان توأمين و حكم التوأمين لا يختلف و إذا ثبت وجود أحدهما وقت الإعتاق ثبت وجود الآخر فقد جرى عليهما العتق مقصودا فلا ينتقل الولاء (و هذا) أي الحكم المذكور (بخلاف ما إذا والت رجلا و هي حبلى) أي و الحال أنها حبلى (و الزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء) أي

---

(١) أبدا أي و لو عتق أبوه حتى لوجنى الولد حكم بجنايته على موالي الأم كذا في الشامية.

مقصوداً لأن تمامه بالإيجاب و القبول و هو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولائه لموالى الأم لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء و لم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصوداً فإن أعتق الأب جر الأب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب لأن العتق ههنا في الولد يثبت تبعا للأم بخلاف الأول

ولاء الموالاة (مقصوداً لأن تمامه) أى تمام عقد ولاء الموالاة (بالإيجاب و القبول و هو) أى الجنين (ليس بمحل له) أى للايجاب و القبول فبهذا ظهر الفرق بين الصورتين (قال فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولاؤه) أى ولاء الولد (لموالى الأم لأنه) أى لأن الولد (عتق تبعاً للأم لاتصاله بها) أى لاتصال الولد بالأم (بعد عتقها فيتبعها فى الولاء) فولاء الأم لمولى الأم فكذا ولاؤه تبعاً لها (و لم يتيقن بقيامه) أى بقيام الولد أى بوجوده (وقت الإعتاق حتى يعتق مقصوداً) كما فى الفصل الأول فلا جرم عتق تبعاً لها (فان (١) أعتق الأب جر الأب ولاء إبنه) إلى مواليه (وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) و هو (٢) قول جمهور الصحابة رضى الله تعالى عنهما و التابعين و الفقهاء رحمهم الله تعالى و قال مالك بن أوس و داود و ميمون بن مهران و حميد بن عبدالرحمن أن الولاء لا ينجر عن موالى الأم و قد روى (٣) عثمان و زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهما مثل هذا (لأن العتق ههنا) أى فيما إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر (فى الولد يثبت تبعاً للأم) لا مقصوداً والأصل أن العتق متى ثبت مقصوداً لا ينتقل الولاء كما بينا و متى ثبت بطريق التبعية ينتقل و هنا ثبت العتق تبعاً للام لعدم التيقن بقيامه وقت الإعتاق فإذا تبعها فى العتق تبعها فى الولاء أيضاً كما ذكرنا لعدم أهلية الأب فإذا صار الأب أهلا بالإعتاق عاد الولاء إليه (بخلاف الأول) أى الفصل الأول و هو ما إذا أعتقها و هى حامل عن الولد أو ولدت لأقل من ستة

(١)فان أعتق الأب الخ. قال فى إيضاح الاصلاح يعنى إن أعتق الأب قبل موت الولد لأنه إن مات قبل عتقه لا ينتقل ولاؤه من موالى الأم اه و هو يقتضى أنه لو كان لهذا الولد الميت ولد لا ينتقل ولاؤه إلى موالى الأب فليراجع ح. أقول فى الذخيرة الجد لا يجر ولاء حافده فى ظاهر الرواية سواء كان الأب حيا أوميتا و روى الحسنؒ أنه يجر و صورته عبد تزوج بمعتقة قوم و حدث له منها ولد و لهذا العبد أب حى و أعتق العبد بعد ذلك و بقى العبد على حاله ثم مات العبد و هو أبو هذا الولد ثم مات الولد و لم يترك وارثا يجر ميراثه كان لموالى الأم اه كذا فى الشامية.
(٢)و هو قول الخ. أقول يروى هذا القول عن عمر و عثمان و على و الزبير و عبدالله و زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهم و مروان و سعيد بن المسيب و الحسن و ابن سيرين و عمر بن عبدالعزيز و النخعى رحمهم الله تعالى و به قال مالك و الثورى و الاوزاعى و الليث و أبو حنيفة و أصحابه و الشافعى و اسحاق و ابو ثور رحمهم الله تعالى كما فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص٢٥٣ ج٧. (٣)و قد روى عن عثمان و زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهما الخ أقول و أنكرهما ابن اللبانؒ كما فى المغنى.

**و هذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة و السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع و لا يوهب و لا يورث**

---

أشهر فإن العتق فيه يثبت مقصوداً فلا ينتقل الولاء فيه البتة (و هذا) أى انتقال الولاء عن موالى الأم إلى موالى الأب (لأن الولاء بمنزلة النسب) و النسب إلي الآباء فكذلك الولاء و إنما جعل الولاء لموالى الأم بطريق التبعية ضرورة عدم مولى الأب فإذا ارتفعت هذه الضرورة بحدوث المولى له عاد الولاء إليه ثم استدل على كون الولاء بمنزلة النسب بقوله (قال عليه الصلاة و السلام) أى قال النبي ﷺ (الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع و لا يوهب و لا يورث) هذا الحديث رواه (١) ثلاثة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم الأول عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أخرج حديثه إبن حبانؒ فى صحيحه فى القسم الثانى عن بشر بن الوليد عن يعقوب بن ابراهيم عن عبيد الله بن عمر عن عبدالله بن دينار عن إبن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع و لا يوهب و رواه الشافعي رحمه الله تعالى فى مسنده أخبرنا محمد بن الحسن عن أبى يوسف القاضي يعقوب بن ابراهيم عن عبدالله بن دينار به و من طريق الشافعي رحمه الله تعالى رواه الحاكمؒ فى المستدرك فى كتاب الفرائض و قال حديث صحيح الاسناد و لم يخرجاه و بطريق آخر أخرجه الحاكمؒ فى كتاب مناقب الشافعي رحمه الله تعالى عن على بن سليمان الاحميمى ثنا محمد بن ادريس الشافعي ثنا محمد بن الحسن ثنا أبو يوسف عن أبى حنيفة عن عبدالله بن دينار به قال الحاكمؒ هكذا قال فيه عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو وهم فان الشافعي رحمه الله تعالى رواه عن محمد بن الحسن عن أبى يوسف عن عبدالله بن دينار نفسه و بطريق آخر أخرجه الطبرانيؒ فى معجمه الاوسط عن محمد بن زياد ثنا يحيى بن سليم الطائفى عن اسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمرؓ به و قال لم يروه عن اسماعيل بن أمية إلا يحى بن سليم الثانى إبن أبى أوفى رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه الطبرانيؒ فى معجمه عن عبيد بن القاسم الاسدى عن اسماعيل بن أبى خالد عن إبن أبى أوفى رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع و لا يوهب و رواه إبن عدىؒ فى الكامل و أعله بعبيد بن القاسم و نقل عن إبن معين أنه قال فيه كان كذاباً الثالث أبو هريرة رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه إبن عدىؒ فى الكامل عن يحيى بن أبى أنيسة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الولاء لحمة إلى آخره سواء و أعله بيحيى بن أبى أنيسة.

---

(١) رواه ثلاثة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم الخ. كذا فى نصب الراية ص ١٥١ ج ٤.

..........................................................

و أسند تضعيفه عن البخاري و النسائي و أحمد و علي بن المديني و ابن معين رحمهم الله تعالى فإن قلت ذكر (١) البيهقيّ حديث النهي عن بيع الولاء و هبته ثم ذكر عن الشافعي أنبأ محمد بن الحسن عن يعقوب بن ابراهيم عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع و لا يوهب ثم ذكر عن أبي بكر النيسا بوريّ قال هذا خطأ لأن الثقات لم يرووه هكذا و إنما رواه الحسنّ مرسلا ثم قال البيهقيّ و قد روى من أوجه أخر كلها ضعيفة قلت يرد عليهما ما ذكرناه من حديث عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنه و حديث عبدالله بن أبي أوفى رضي الله تعالى عنه من الطريق الذي أخرجه الطبريّ في تهذيب الآثار و هو طريق صحيح فقال حدثني موسى بن سهل الرملي ثنا محمد بن عيسى يعني الطباع ثنا عبثر بن القاسم عن اسماعيل بن أبي خالد عن عبدالله بن أبي أو في رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع و لا يوهب ثم اعلم أنه ليس في الحديث بوجوهه المذكورة و لا يورث فقال الدار قطنيّ في كتاب العلل و رواه أيوب بن سليمان الأعور عن عبدالعزيز بن مسلم القسملي عن عبدالله بن دينار به لا يباع الولاء و لا يوهب و لا يورث فزاد فيه و لا يورث ثم قال و لم أجد في شيء من طرق الحديث و لا يورث قوله لحمة (٢) كلحمة النسب أي تشابك و وصلة كوصلة النسب فالولاء (٣) يورث عند جمهور العلماء و الفقهاء و أصحاب الظواهر و قد شذ شريحّ حيث قال يورث كالمال عن المعتق فمن ملك شيئاً من الولاء حال حياته فهو لورثته و كان بين إبن المعتق و بنته للذكر مثل حظ الأنثيين و عن سليمان بن يسارّ أنه كان مولى لميمونة فوهبت ولائها لإبن عباس رضي الله عنهما و للجمهور ما مر ذكره فان قلت ما معنى قولهم الولاء يورث قلت معناه أن الولاء مما لا يورث عينه يعني لا يجرى فيه سهام الورثة و لكن يورث به و هول قول علي و زيد رضي الله تعالى عنهما و إحدى الروايتين عن إبن مسعود رضي الله تعالى عنه و به أخذ علماؤنا و في رواية أخرى لابن مسعود رضي الله تعالى عنه أن الولاء مما يورث عينه كالمال يجرى فيه سهام الورثة و هو قول شريح و النخعي رحمهما الله تعالى و قد روى مثله عن أبي يوسفّ في غير رواية

---

(١) ذكر البيهقيّ في الولاء باب من أعتق مملوكا له ص٢٩٢ ج١٠. (٢) لحمة بضم اللام و الفتح لغة كذا في المغرب. (٣) فالولاء يورث. روى هذا عن عمر و عثمان و علي و زيد بن مسعود و ابن عمر و اسامة بن زيد و ابن مسعود البدري و أبي بن كعب رضي الله تعالى عنهم و به قال عطاء و طاووس و سالم و الزهري و الحسن و ابن سيرين و قتادة و الشعبي و ابراهيم و مالك و الشافعي و أهل العراق و داود رحمهم الله تعالى و جعل شريحّ الولاء موروثا كذا في المغني ص٢٦٣ ج٧.

ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء و النسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه بمنزلة (١) ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم و إن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت و الطلاق البائن لحرمة الوطء و بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً

---

الأصول حتى لو ترك المعتق أباً و إبناً كان لأبيه السدس و الباقي لابنه و كذلك إذا ترك إبناً و إبنة فميراث المعتق بينهما للذكر مثل حظ الانثيين (ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء) إلى الآباء (و النسبة إلى موالي الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة) لكونه عبداً (فاذا صار أهلا) بالحرية (عاد الولاء إليه) لارتفاع الضرورة (كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة فاذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه) أى إلى الملاعن و هو الاب لارتفاع الضرورة بالإكذاب فان (١) قيل الولاء كالنسب و النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ و لكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول فى الأخ أنه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه فى الإرث لا يبطل تعصيبه و لكن يقدم عليه (بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق) هذا يتصل بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء إليه يعنى هناك يعود الولاء و ههنا لا يعود قوله إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء و قوله أو طلاق أى أو أعتقت المعتدة عن طلاق و أطلق الطلاق ليشمل البائن و الرجعى جميعاً و كذا أطلقه الحاكم الشهيد و الطحاوى قيده بالبائن فى مختصره و تبعه الإمام الاسبيجابى فى شرحه (فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم و إن أعتق الأب) كلمة إن واصلة بما قبلها (لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت) لإستحالته من الميت (و الطلاق البائن) أى و لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الطلاق البائن (لحرمة الوطء) بعد الطلاق البائن (و بعد الطلاق الرجعى) أى و لتعذر إضافة العلوق أيضاً إلى ما بعد الطلاق الرجعي (لما أنه يصير مراجعاً

---

(١)بمنزلة ولد. ن. كولد. (٢)فان قيل الخ. كذا فى الأفكار عن الكافى و قال العلامة قاضى زادة: أقول فى الجواب اشكال و هو أنه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه فى الارث لزم أن ترث موالى الأم عند إنقطاع موالى الأب بعد انتقال الولاء عن مواليها إلى مواليه كما هو الحال فى العصبة الأدنى عند إنقطاع العصبة الأولى منه كالأخ عند عدم الابن و الأب و لم يرو عن أحد أن يرث موالى الأم بالولاء فى حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر.

بالشك فاستند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الاعتاق فعتق مقصوداً و في الجامع الصغير فإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عتقوا تبعاً لأمهم و لا عاقلة لأبيهم و لا موالي فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم و إنما يثبت للأب مقصوراً لأن سببه مقصور و هو العتق بخلاف ولد الملاعنة

---

بالشك) لأنه لو حمل على وطئه في العدة يصير مراجعاً و لو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعاً و المراجعة لم تكن فلا يثبت بالشك فاذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك (فاستند) أي العلوق (إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق) أي إعتاق الأمة في العدة (فعتق مقصودا) أي فعتق الولد مقصوداً و من عتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم و تبين من هذا أنها إذا جآءت به لأقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بالطريق الأولى للتيقن بوجود الولد عند الموت و الطلاق و أما إذا جآءت به لأكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن و الرجعي ففي البائن مثل ما كان و أما في الرجعي فولاء الولد لموالي الأب للتيقن بمراجعته و في الكافي و ما وقع في نسخ الهداية فجآءت بالولد لأكثر من سنتين لا يكاد يصح و الصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لأقل من سنتين كما ذكرت و عليه يدل التعليل المذكور فيها فالظاهر أنه وقع من الناسخ انتهى قلت قد وقع في بعض النسخ لأقل من سنتين و في نسختي أيضاً كذلك و كذا ذكر في المبسوط لأقل من سنتين أو لتمام السنتين لأن النسب يثبت إلى سنتين و من ضرورته أن يكون العلوق قبل الطلاق (و في الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عتقوا تبعاً لأمهم و لا عاقلة لأبيهم و لا موالي) لكونه في الرقية (فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة) حيث ينسب إلى قوم الأم ضرورة (على ما ذكرنا) أراد به قول كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم إلى آخره و إنما ذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل (فإن أعتق الأب) أراد به العبد الذي هو زوج المعتقة المذكورة (جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا) أراد به عند قوله فان أعتق الأب جر الأب ولاء ابنه إلى آخره و لا يرجعون) أي عاقلة الأم (على عاقلة الأب بما عقلوه لأنهم) أي عاقلة الأم (حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم و إنما يثبت) أي الولاء (للأب مقصوراً) أي على زمان عتق الأب (لأن سببه) أي سبب ثبوت الولاء للأب (مقصور) أي غير مستند إلى وقت سابق (و هو العتق) أي السبب هو العتق (بخلاف ولد الملاعنة

إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق و كانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال و من تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون) أى قوم الأم (عليه) أى على الملاعن أى على عاقلته (لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق) لا من وقت الإكذاب فانه لا يتصور أن لا يكون عند العلوق ولد الإنسان ثم يصير ولداً له بعده فتبين أن النسب كان ثابتاً من الأب حين جنى و أن موجب جنايته على عاقلة الأب و أجبر عاقلة الأم على القضاء فيرجعون عليهم بذلك و هو معنى قوله (و كانوا مجبورين على ذلك) أى و كان عاقلة الأم مجبورين على أداء العقل (فيرجعون) أى عاقلة الأم على عاقلة الاب لأنهم قضوا ديناً عن غيرهم بحكم القاضى فلهم الرجوع (قال) أى القدورىّ (و من تزوج من العجم) و هو جمع عجمى و هو خلاف العربى و إن كان فصيحاً (بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و كذا أموالهم لهم لا لذوى أرحامه حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لهما شيء فى وجود معتق الأم و عصبته و فى الزاد و شرح الأقطع صورة المسألة أن الحر العجمى الذى ليس بمعتق لأحد سواء كان له ولاء موالاة لأحد أو لم يكن و فى الفوائد الظهيرية هذه المسألة على وجوه إن زوجت نفسها من عربى فولاء الأولاد لقوم الأب لأن الشرف بأنساب العرب أقوى و إن زوجت نفسها من أعجمى له آباء فى الإسلام فولاء الأولاد لقوم الأب عند أبي يوسف رحمه الله تعالى بلا ريب و على قولهما اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى حكى عن أبي بكر الأعمش و أبي بكر الصفار أنه لقوم الأب و قال غيرهما لقوم الأم و إن زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب والى أحداً ثمة أو لم يوال فهى مسألة الكتاب و إن زوجت نفسها من عبد أو مكاتب فولاء الولد لموالى الأم إجماعاً إلا إذا عتق العبد فيجر الولاء و فى المبسوط إذا كانت الأم معتقة إنسان و الأب مسلم نبطى لم يعتقه أحد فالولد مولى لموالى الأم فى قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و كذلك إذا كان نبطى كافر ثم أسلم و والى رجلا فعند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى يكون الولد مولى لموالى الأم و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الفصلين لا يكون الولد مولى لموالى الأم و لكنه منسوب إلى قوم أبيه لأنه كالنسب و النسب إلى الأباء و فى مغنى (١) الحنابلة إذا كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه و لا يكون عليه ولاء و هو قول أكثر أهل العلم

(١) مغنى الحنابلة ص ٢٥٧ ج ٧.

قال (١) و هو قول محمد رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى حكمه حكم أبيه لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً بخلاف ما إذا كان الأب عبداً لأنه هالك معنى

سواء كان الأب عربياً أو أعجمياً و سواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربيا أو مجهول النسب أو معلومه و هو قول أبي يوسف و مالك و ابن سريج من أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى و قال القاضي الحنبلي رحمه الله تعالى إن كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الأم إن كانت مولاة و هذا ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و قال الخبري هذا قول أبي حنيفة و محمد و أحمد رحمهم الله تعالى و قال ابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى و إن كان الأب مولى و الأم مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا و قياس قول القاضي و الشافعي رحمهما الله تعالى أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه و ذكر في الحلية فان كان الأب حر الأصل و الأم معتقة لم يثبت الولاء على الولد سواء كان الأب عربياً أو عجمياً و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إن كان عجمياً يثبت الولاء على الولد و بناءه على أصله في جواز استرقاق عبدة الأوثان من العجم دون العرب فان كان الأب معتقاً و الأم حرة الأصل فهل يثبت الولاء على الولد فيه وجهان أحدهما أنه لا يثبت و الثاني أنه يثبت أما إذا كان الأب مجهول النسب محكوماً بحريته بالظاهر و الأم معتقة قيل يثبت الولاء على الولد لموالي الأم قال أبو العباس قياس قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يثبت كما لو كان معروف النسب و قال إبن اللبان يثبت و هو قول أبي حنيفة و محمد و أحمد رحمهم الله تعالى (قال العبد الضعيف و هو قول محمد رحمه الله تعالى) أي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو قول محمد بن الحسن رحمه الله تعالى أيضاً (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى حكمه) أي حكم الولد (حكم أبيه) فلا يكون عليه ولاء عتاقة و إنما يورث ماله بين ذوي أرحامه (لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً) و الأم معتقة فانه لا يكون ولاؤه لمولى أمه و إنما كان النسب إلى الأب لأنه منسوب إليه قال عزوجل ﴿ادعوهم (٢) لآبائهم﴾ فصار ملحقاً بالأب فأخذ حكمه و إنه حي من كل وجه لأنه حر (بخلاف ما إذا كان الاب عبداً) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يستوي الأب الحر و العبد و ليس كذلك فأجاب بقوله بخلاف ما إذا كان الأب عبداً (لأنه) أي لأن العبد (هالك معنى) لأنه لا يملك شيئاً و لأنه أثر الكفر و الكفر موت حكمي قال الله تعالى ﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾ فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا أب له فينسب إلى موالي الأم و هذا المعنى معدوم إذا كان الأب حراً لأن الحرية حياة باعتبار صفة المالكية و العرب و العجم فيه

(١)قال. ن. قال العبد الضعيف. (٢)ادعوهم الآية: الأحزاب: ٥.

و لهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه و النسب فى حق العجم ضعيف فإنهم ضيّعوا أنسابهم و لهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب و القويّ لا يعارضه الضعيف بخلاف ما إذا كان الأب عربياً لأن أنساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة و العقل لما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال (١) الخلاف فى مطلق المعتقة و الوضع فى معتقة العرب وقع اتفاقاً

---

سواء فإن قلت لو كان هالكا لما جرى القصاص قلت جريانه لآدميته لا لحريته و رقه و لا نقصان فى ذلك (و لهما) أى و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الأحكام) لأنه ولاء نعمة (حتى اعتبرت الكفائة فيه) أي فى ولاء العتاقة حتى لا يكون معتق العجم كفوّءا لمعتقة العرب و لهذا يجوز إبطال حرمة العجم بالإسترقاق (و النسب فى حق العجم ضعيف فانهم) أى فان العجم (ضيّعوا (٢) أنسابهم) حيث لم يعتبروا ذلك قبل الإسلام و كان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد فى الامارة كفوءا لمن له أبوان فى ذلك و تفاخرهم بعد الإسلام بالإسلام و إليه أشار سلمان رضى الله تعالى عنه حين قيل له سلمان بن من فقال سلمان رضى الله تعالى عنه:

أبى الإسلام لا أب لى سواه إذا افتخروا بقيس أو تميم

(و لهذا) أى و لأجل كونهم ضيعوا أنسابهم (لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب و القويّ لا يعارضه الضعيف بخلاف ما إذا كان الأب عربياً لأن أنساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة و العقل لما أن تناصرهم بها) أى تناصر العرب بالأنساب (فأغنت عن الولاء) أى أغنت الأنساب عن التناصر بالولاء (قال العبد الضعيف الخلاف) المذكور بين أبى يوسف و صاحبيه رحمهم الله تعالى (فى مطلق المعتقة) و إنما قال ذلك لأن محمداً رحمه الله تعالى ذكر المعتقة مطلقاً حتى لو تزوج بمعتقة غير العربى كان كذلك (و الوضع فى معتقة العرب وقع اتفاقاً) أى وضع القدوريّ هذه المسألة فى مختصره بقوله و من تزوج من العجم بمعتقة من العرب وقع على سبيل الاتفاق لا القصد قيل تعليل أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى فى قوله و النسب فى العجم ضعيف يرجح

---

(١) قال. ن. قال العبد الضعيف. (٢) ضيّعوا أنسابهم. و المراد من تضييع أنسابهم عدم حفظهم اسماء آبائهم و هذا فى الهنود ظاهر لأن مدار حل النكاح و حرمته على الجهل باسماء الآباء عندهم ففيما يثبت الجهل يثبت الحل و قيل معنى تضييعهم الأنساب أنهم لم يراعوا حقه بل يراعوا المال أما تضييع النسب فى العجمى الذين لحقوا بالعرب و صاروا موالى لهم فأظهر كذا فى الحواشى اللكنوية.

و في الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة قوم

ولاء العتاقة إذا كانت المعتقة معتقة العرب لأن الولاء لحمة كلحمة النسب و النسب في حق العرب قوى فكذلك معتقهم يحكى حكاية النسب فكان قويا فرجح حينئذ معتق العرب على المنسوب في العجم لا مطلق المعتق و أجيب بأن الضعف و القوة فيما إذا كان في جانب الأب حتى أن الاب إذا كان عربياً و الأم معتقة إنسان فولاء الولد لقوم الأب بالإتفاق و أما في جانب الأم فالقوة بمجرد كونها معتقة على نسب العجم ألا ترى أنهما تعرضا لمطلق ولاء العتاقة فإن من له أب واحد في الحرية لا يكون كفواً لمن له أبوان في الحرية و أما في النسب فليس كذلك فإن من له أب واحد في الإمارة يكون كفواً لمن له أبوان فيها فعلم بهذا أنهما يرجحان مجرد ولاء العتاقة سواء كان معتق العرب أو العجم على نسب العجم فصح قوله الخلاف في مطلق المعتقة (و في الجامع الصغير نبطي) (١) واحد النبط و هم جيل من الناس بسواد العراق و فسر الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب و في العباب قال إبن دريد النبط جيل معروف و هم النبط و الأنباط و قال غيره النبط و النبيط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين و الجمع أنباط يقال رجل نبطي و نباطي و نباط مثل يمني و يماني و يمان و حكى يعقوب نباطي بضم النون فان قلت لم ذكر لفظ الجامع الصغير قلت لبيان أن محمداً رحمه الله تعالى ذكر المعتقة مطلقاً و لاشتماله على ولاء الموالاة حيث قال نبطي (كافر تزوج بمعتقة قوم) أى بمعتقة كافرة نصرانية إنما قلنا هكذا ليتصور المسألة إذ المسلمة لا تكون تحت الكافر بعقد النكاح و كذلك قال فخر الإسلام معنى هذا أن تكون المعتقة كافرة كتابية إنما قيد بالكتابية لأن غير الكتابية من الكفار لا يجوز أن يبقى نكاحها بعد إسلام

(١)النبطي الخ. كذا في المغرب. و في تاج العروس مع القاموس: (نبط المآء ينبط و ينبط) من حدى نصر و ضرب (نبطا و نبوطا) كقعود و ذكر الجوهرى البابين و اقتصر في المصادر على الأخير (نبع و) نبط (البئر) ينبطها نبطا (استخرج ماءها) كأنبطها (و النبط محركة أول ما يظهر من مآء البئر) إذا حفرت عن ابن دريد (كالنبطة بالضم) و قد نبط ماؤها ينبط نبطا و نبوطا و الجمع أنباط و نبوط (و أنبط الحافر) استنبط مآءها و (انتهى إليها) و عبارة الصحاح و أنبط الحفار بلغ المآء (و) من المجاز النبط (غور المرء) يقال فلان لا يدرك نبطه و لا يدرك له نبط أى لا يعلم غوره و غايته و قدر علمه و قال ابن سيده فلان لا ينال له نبط إذا كان داهيا لا يدرك له غور (و) النبط (جيل ينزلون بالبطائح بين العراقين) كذا في الصحاح و في التهذيب ينزولون السواد و في المحكم سواد العراق (كالنبيط) كأمير كالجش و الجيش في التقدير (و) هم (الأنباط) جمع (و هو نبطي محركة و نباطي مثلثة و نباط كثمان) مثل يمني و يماني و يمان نقل الجوهرى التحريك و الفتح في الثاني قال و حكى يعقوب نباطي بالضم أيضا و قال ابن الأعرابى رجل نباطيّ بضم النون و نباطي و لا تقل نبطي و يقال إنما سموا نبطا لاستنباطهم ما يخرج من الأرضين اه ملخصا.

**ثم أسلم النبطي و والى رجلا ثم ولدت أولاداً قال أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى مواليهم موالي أمهم و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى مواليهم موالي أبيهم لأن الولاء و إن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالي و بين العربية و لهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ و ولاء العتاقة لا يقبله و الضعيف لا يظهر في مقابلة القوي و لو كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا و الترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أو لأن النصرة به أكثر قال و ولاء العتاقة تعصيب و هو أحق بالميراث من العمة و الخالة لقوله عليه الصلاة و السلام للذي اشترى عبداً فأعتقه هو أخوك و مولاك إن شكرك فهو خير له و شر لك**

---

الزوج فافهم (ثم أسلم النبطي و والى رجلا) أي عقد عقد الموالاة (ثم ولدت أولاداً قال أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى مواليهم) أي موالي الأولاد (موالي أمهم و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى مواليهم موالي أبيهم لأن الولاء و إن كان أضعف فهو من جانب الأب و صار كالمولود بين واحد من الموالي و بين العربية) يعني بين العجمي الأصلي و العربية الأصلية فيكون النسب للأب بالاتفاق توضيحه أن واحداً من العجم إذا تزوج بعربية و هما حران غير معتقين لأحد فولدت أولاداً فانهم ينسبون إلى قوم أبيهم فكذا إذا كانت معتقة و هذا لأن النسبة إلى الأم ضعيفة (و لهما) أي و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن ولاء الموالاة أضعف) من ولاء العتاقة (حتى يقبل الفسخ) بأن أراد أحدهما فسخه (و ولاء العتاقة لا يقبله) أي الفسخ (و الضعيف لا يظهر في مقابلة القوي) أراد بالضعيف ولاء الموالاة و بالقوي ولاء العتاقة (و لو كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا) أي لأن الأبوين استويا في المعتقية (و الترجيح لجانبه) أي لجانب الأب (لشبهه بالنسب) أي لشبه الولاء بالنسب بالحديث المذكور (أو لأن النصرة به أكثر) أي لأن النصرة بقوم الأب أكثر من النصرة بقوم الأم (قال) أي القدوري (و ولاء العتاقة تعصيب) أي موجب للعصوبة و التعصيب هو جعل الانسان عصبة و منه قولهم الذكر يعصب الأنثى أي يجعلها عصبة (و هو) أي مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة و الخالة) و هو (١) قول جمهور العلماء من الصحابة رضي الله تعالى عنهم و التابعين و من بعدهم رحمهم الله تعالى و روى عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما تقديم ذوي الأرحام على مولى العتاقة و روى عن عمر و علي رضي الله تعالى عنهما مثله (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (للذي اشترى عبداً فأعتقه هو أخوك و مولاك ان شكرك فهو خير له و شرلك

---

(١) و هو قول جمهور العلماء الخ. كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي رحمة الله تعالى ص ٢٣٩ ج ٧.

و إن كفرك فهو خير لك و شر له و لو مات و لم يترك وارثاً كنت أنت عصبته و ورث ابنة حمزة رضي الله تعالى عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث

و إن كفرك فهو خير لك و شر له و لو مات و لم يترك وارثاً كنت أنت عصبته) الكلام في هذا الحديث على أنواع النوع الأول: أنه أخرجه (١) الدارمي في مسنده أخبرنا يزيد بن هارون أنا الأشعث عن الحسن أن النبي ﷺ خرج إلى البقيع فرأى رجلا يباع فأتاه فساوم به ثم تركه فرآه رجل فاشتراه فأعتقه ثم جآء به إلى النبي ﷺ فقال إني اشتريت هذا فاعتقته فما ترى فيه فقال هو أخوك و مولاك قال ما ترى في صحبته قال إن شكرك فهو خير له و شرلك و إن كفرك فهو خير لك و شر له قال ما ترى في ماله قال إن مات و لم يترك عصبة فانت وارثه و رواه (٢) عبدالرزاق في مصنفه عن ابن عيينة عن عمرو بن عبيد عن الحسن قال أراد رجل أن يشترى عبداً فلم يقض بينه و بين صاحبه بيع و خلف رجل من المسلمين بعتقه فاشتراه فأعتقه فذكره للنبي ﷺ فقال إن شكرك فهو خير له و شر لك و إن كفرك فهو شر له و خير لك قال فكيف بميراثه فقال عليه الصلاة و السلام إن لم تكن له عصبة فهو لك و رواه أيضاً محمد رحمه الله تعالى في كتاب الولاء من الاصل عن أبي يوسف عن اسماعيل بن مسلم عن الحسن البصري رحمه الله تعالى عن رسول الله ﷺ النوع الثاني: أن هذا الحديث مرسل من مراسيل الحسن البصري رحمه الله تعالى الصحيحة و هي مقبولة عندنا يعمل بها النوع الثالث: في معناه فقوله هو أخوك يعني في الدين قوله إن شكرك يعني إن شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لأنه انتدب إلى ما ندب إليه قوله و شر لك لأنه أوصل إليك بعض الثواب في الدنيا فينتقص بقدره في الآخرة من الثواب قوله و إن كفرك فهو خير لك لأنه يبقى لك ثواب العمل كله في الآخرة قوله و شر له لأنه كفران النعمة و كفران النعمة قبيح قال عليه الصلاة و السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله رواه أحمد و غيره قوله و لم يترك وارثاً أي وارثاً و هو عصبة قوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد لم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه (و ورّث) بالتشديد أي ورّث النبي ﷺ (إبنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث) و هو بنت الميت و ذلك لأن النبي عليه الصلاة و السلام أعطى بنت الميت النصف و الباقي لبنت حمزة رضي الله تعالى عنهما و قد مربيان الحديث

(١)أخرجه الدارمي في الفرائض باب الولاء ص٤٦٨ج٢ و البيهقي في الفرائض باب الميراث بالولاء ص٢٤٠ج٦. (٢)رواه عبدالرزاق الخ. كذا في نصب الراية ص١٥٣ج٤. قال العثماني في الاعلاء باب أن مولى العتاقة عصبة للمعتق آخر العصبات (ص٢٩٠ج١٢): أقول هذا الحديث نص في الباب إلا أنه مرسل و هو حجة عندنا و عمرو بن عبيد لم يكن يكذب في الحديث.

و إذا كان عصبة يقدم على ذوى الأرحام و هو المروى عن على رضى الله عنه فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق لأن المعتق آخر العصبات و هذا لأن قوله عليه الصلاة و السلام و لم يترك وارثاً قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث

عن قريب مستوفى (و إذا كان عصبة) أى إذا كان مولى العتاقة عصبة (يقدم على ذوى الأرحام) لأن العصبة هو الذى ياخذ ما أبقته أصحاب الفرائض و هو مقدم على ذوى الأرحام (و هو المروى عن على رضى الله تعالى عنه) يعنى تقديم مولى العتاقة على ذوى الأرحام هو المروى عن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه و لم يثبت (١) هذا عن على رضى الله تعالى عنه بل الثابت عنه خلاف ذلك فان (٢) عبدالرزاقؒ أخرج فى مصنفه عن الثورى قال أخبرنى منصور عن حصين عن ابراهيم قال كان عمر و ابن مسعود رضى الله عنهما يورثان ذوى الأرحام دون الموالى قال فقلت لعلى بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه قال كان أشدهم فى ذلك انتهى و الذى ذكره هو المروى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه فأخرج (٣) عبدالرزاقؒ فى مصنفه قال أخبرنا معمر عن قتادة أن زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه كان يورّث الموالى دون ذوى الأرحام و لو قال المصنف رحمه الله تعالى و هو المروى عن زيد بن ثابت رضى الله عنهما لكان أصح و أبعد من الخطأ (فان كان للمعتق) بفتح التاء (عصبة من النسب فهو أولى من المعتق لأن المعتق) بكسر التاء (آخر العصبات) لأنه عصبة سببية فتأخر عن العصبة النسبية (و هذا) أى كون العصبة من النسب أولى بالميراث من المولى (لأن قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبى ﷺ (و لم يترك وارثاً قالوا المراد منه وارث هو عصبة) يرفع قوله عصبة على أنه صفة لقوله وارث (بدليل الحديث الثانى) الباء تتعلق

(١)و لم يثبت هذا عن على رضى الله تعالى عنه الخ. قال العبد الضعيف روى الدارمىؒ فى الفرائض باب الولاء (ص٤٦٩ ج٢) عن الشيبانى عن الحكم عن الشموس أن أباها مات فجعل على رضى الله تعالى عنه لها النصف و لمواليه النصف و روى أيضا عن ابن أبى ليلى عن الحكم عن أبى الكنود عن على رضى الله تعالى عنه أنه أتى بابنة و مولى فأعطى الابنة النصف و المولى النصف قال الحكم فمنزلى هذا نصيب المولى الذى ورثه عن مولاه و روى أيضا عن أشعث عن الحكم أنه مات عبدالرحمن بن مدلج و ترك ابنته و مواليه فأعطى على رضى الله تعالى عنه ابنته النصف و مواليه النصف. قال العبد الضعيف: هذه الروايات تدل على أن عليا رضى الله تعالى عنه جعل المولى عصبة و مقدما على ذوى الأرحام و بهذا تحقق قول صاحب الهدايةؒ "و هو المروى عن على رضى الله تعالى عنه" و اندفع به قول الحافظ العينىؒ و لم يثبت هذا عن على رضى الله تعالى عنه الخ. (٢)فان عبدالرزاقؒ أخرج فى الولاء باب ميراث ذى القرابة ص١٨ ج٩. (٣)فأخرج عبدالرزاقؒ فى الباب المذكور آنفا ص٢١ ج٩. أقول إن ما روى عن زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه محمول على أن المراد من ذوى الأرحام الذين هم دون ذوى الفرائض و العصبات و ما روى عن عمر و على و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهم محمول على أن المراد من ذوى الأرحام هم ذوو القرابات من العصبات و القرينة على هذا التطبيق ما رواه عبدالرزاقؒ عن الحسنؒ مرسلا و قد مر ذكره آنفا فحينئذ يتفق الأقوال والله اعلم بحقيقة الحال كما فى الاعلاء ص٢٩٠ ج١٦.

الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوى الأرحام قال فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى منه لما ذكرنا و إن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبة على ما روينا و هذا لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة و بالموالى الانتصار (١) على ما مر و العصبة يأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى

---

بقوله قالوا أى قالت العلماء ذلك مستدلين بالحديث الثاني و هو حديث بنت حمزة رضى الله تعالى عنهما و ذلك لأنه عليه الصلاة و السلام جعلها عصبة مع وجود الوارث لأن البنت الصلبية وارثة و ليست بعصبة فعلم بهذا أن قوله عليه الصلاة و السلام و لو مات و لم يترك وارثاً وارث هو عصبة لا وارث مطلقا (فتأخر) أى الموالى (عن العصبة) أى عن عصبة المعتق بفتح التاء (دون ذوى الأرحام) يعنى لا يتأخر عنهم بل يتقدم عليهم كما ذكرنا (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (فان كان للمعتق) بفتح التاء (عصبة من النسب فهو أولى منه) أى من المعتق بكسر التاء و هو المولى (لما ذكرنا) أراد به قوله و إذا كان عصبة يقدم على ذوى الأرحام (و إن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق) بكسر التاء و هو المولى (تأويله) أى تأويل قول القدورى فميراثه للمعتق (إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه) ذكروا لهذه الجملة تأويلين أحدهما أن معنى قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب و الجد فان لهما حالاً سوى حال الفرض و هى العصوبة فالمعتق لا يرث مع وجودهما بل الأب أو الجد يأخذ الباقي بعد فرضه و الثاني أن معناه ذو حال واحد كالبنت أما إذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث و قال الاترازى يكون الضمير في قوله فله الباقي على التأويل الأول راجعاً إلى صاحب الفرض و على التاويل الثاني إلى المعتق و قال صاحب النهاية و الثاني أوجه لأنه علّل قوله فله الباقي بعد فرضه أى بعد أخذ فرضه بقوله (لأنه عصبة على ما روينا) أشار به إلى قوله عليه الصلاة و السلام و لو مات و لم يترك وارثاً كنت أنت عصبته (و هذا) إشارة إلى قوله لأنه عصبة (لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أى القبيلة يقال للقبيلة الواحدة بيت النسبة (و بالموالى التناصر) أى و يكون بالموالى الانتصار و هكذا في بعض النسخ (على ما مر) أشار به إلى ما ذكره في أول كتاب الولاء بقوله و كانت العرب تتناصر بأشياء و قرر النبى عليه الصلاة و السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه (و العصبة يأخذ ما بقى) هذا من تمام الدليل و تقريره فله الباقي لأنه عصبة و العصبة تأخذ الباقي (فإن مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى

---

(١) الانتصار. ن. التناصر.

دون بناته لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي ﷺ و في آخره أو جرّ ولاء معتقهن

دون بناته) أراد أن الذكور من أولاد المولى يرثون المعتق دون الإناث منهم حتى لو مات و لم يترك إلا بنت المعتق فميراثه لبيت المال لا لبنت المعتق في ظاهر الرواية و لكن (١) بعض مشايخنا يفتون بدفع المال (٢) إليها في هذا الزمان لعدم بيت المال و قصور احتياط القضاة و بيت المال كان في زمن الصحابة رضي الله تعالى عنهم و التابعين رحمهم الله تعالى و لهذا أفتوا بإعطاء المال للإبن أو الإبنة من الرضاع لعدم بيت المال كما أفتى أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى بإرث ذوي الأرحام في هذا الزمان لعدم بيت المال كذا في الذخيرة ثم استدل على ذلك بقوله (لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما (٣) أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي الصلاة و السلام و في آخره أو جرّ (٤) ولاء معتقهن) الكلام فيه على أنواع النوع الأول أن هذا لم يثبت عن النبي الصلاة و السلام و إنما أخرج (٥) البيهقيّ عن علي و عبدالله و زيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبر (٦) من العصبة ولا يورّثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن و أخرج (٧) أيضاً عن ابراهيم قال كان عمر و علي و زيد بن ثابت رضي الله عنهم لا يورّثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن و أخرج (٨) ابن أبي شيبةّ في مصنفه عن الحسنّ أنه قال لا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن و أخرج (٩) عن عمر بن عبد العزيزّ قال لا ترث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن و أخرج (١٠) نحوه عن ابن سيرين

(١)و لكن بعض مشايخنا يفتون الخ. قال في الذخيرة و هكذا كان يفتي الامام ابو بكر البرزنجري و القاضي الامام صدر الاسلام رحمهما الله تعالى لأنها أقرب إلى الميت من بيت المال فكان الصرف إليها أولى إذ لو كانت ذكرا تستحق المال اه قال في شرح الملتقى قلت و لكن بلغني أنهم لا يفتون بذلك فتنبه و فيه من كتاب القرائض قلت و لم أر في زماننا من أفتى بهذا و لا من قضى به و على القول به فينبغي جوازه ديانة فليحرر و ليتدبر اه كذا في الشامية. (٢) بدفع المال إليها لا بطريق الارث بل لأنها أقرب الناس إلى الميت كذا في التبيين. (٣)ما أعتقن الخ. قال أبو السعودّ عن تكملة الفتح للديريّ عبّر بما الموضوعة لما لا يعقل لأن الرقيق بمنزلة الميت الملحق بالجماد نظيره قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم و بعد عتقه عبّر بمن في أو أعتق من أعتقن لأنه صار بالعتق حيّا حكما كذا في الشامية. (٤)جرّ ولاء معتقهن. و في الشامية: قوله جرّ عطف على دبّر أو أعتق و ولاء مفعوله و معتقهن فاعله قهستاني. (٥)أخرج البيهقيّ في الولاء باب لا ترث النساء الولاء الخ ص٣٠٦ ج١٠. (٦)للكبر أي لأكبر أولاد المعتق و المراد أقربهم نسبا لا اكبرهم سنا كذا في المغرب و التبيين. (٧)أخرج أي البيهقيّ في الباب المذكور آنفا و ابن أبي شيبةّ هذه الآثار في الفرائض (باب) فيما ترث النساء من الولاء و ما هو ص٣٨٨ ج١١. (٨ و ٩ و ١٠) أخرج ابن أبي شيبةّ هذه الآثار في الباب المذكور آنفا.

و صورة الجر

و ابن المسيب و عطاء و النخعي رحمهم الله تعالى و روى (١) عبدالرزاقّ في مصنفه عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحى بن الجزار عن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال لا تررث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن و قال الحكمّ و أخبرنى ابراهيم عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه مثله قال الحكم و كان شريحّ يقوله النوع الثانى فى معناه فقوله.إلا ما أعتقن كلمة ما ههنا بمعنى من كما فى قوله تعالى ﴿و السماء (٢) و ما بناها﴾ أى و من بناها و ذكر فى شروح كتب الفرائض بعد قوله أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جرّ ولاء معتقهن أو معتق معتقهن انتهى فمفهوم الكلام مع تقدير العبارة هكذا: ليس للنساء شيء من الولاء إلا ولاء معتقهن أو ولاء معتق معتقهن أو ولاء مكاتبهن أو ولاء مكاتب مكاتبهن أو ولاء مدبرهن أو ولاء مدبر مدبرهن أو الولاء الذى هو مجرور معتقهن أو الولاء الذى هو مجرور معتق معتقهن النوع الثالث فى صور ما ذكر فصورة ولاء معتقهن ظاهرة بأن أعتقت عبدها ثم مات المعتق و ترك معتقته هذه فولاؤه لها فلو أعتق معتقها عبداً آخر و مات المعتق الأول ثم الثانى فولاء الثانى لها أيضاً و هذه صورة معتق المعتق و صورة ولاء مكاتبهن بأن قالت امرأة لعبدها كاتبتك على ألف درهم مثلاً فقبل العبد ذلك فاذا أدى بدل الكتابة يكون ولاؤه للمرأة و صورة ولاء مكاتب مكاتبهن بأن كاتب هذا المكاتب عبداً فولاء مكاتب المكاتب لها أيضاً إذا لم يكن المكاتب الأول و صورة ولاء مدبرهن بأن دبرت امرأة عبدها بأن قالت له أنت حر عن دبر منى أو بعد موتى أو إذا مت و نحوه ثم ارتدت و العياذ بالله و لحقت بدار الحرب و قضى القاضى بلحاقها فعتق مدبرها ثم جاءت المرأة إلى دار الإسلام ثم مات المدبر و ترك مدبرته هذه فولاؤه لها و صورة ولاء مدبر مدبرهن بأن اشترى هذا المدبر بعد الحكم بعتقه عبداً ثم دبره ثم مات و جاءت المرأة إلى دار الإسلام قبل موت مدبرها أو بعده ثم مات المدبر الثانى فولاؤه لمدبرة مدبره و صورة جر ولاء معتقهن بأن زوجت امرأة عبدها معتقة الغير فولدت منه ولدا يثبت نسب الولد منه و يكون حرا تبعا لأمه لأن الولد تبع للأم فى الرق و الحرية و ولاء الولد لمولى الأم يعقلون عنه و يرثون منه فلو أن المرأة أعتقت العبد جر باعتاقها إياه ولاء ولده إلى نفسه ثم من نفسه إلى مولاته حتى لو مات المعتق ثم مات ولده و ترك معتقة أبيه فولاؤه انتقل من موالى أمه إليها و صورة جر ولاء معتق معتقهن بأن اعتقت امرأة عبداً ثم اشترى المعتق عبداً و زوج معتقة غيره من عبده فولد بينهما ولد فولاء هذا الولد لمولى أمه فلو أن المعتق أعتق عبده جر بالإعتاق ولاء معتقه إلى نفسه ثم يرجع منه إلى مولاته (و صورة الجر

(١) روى عبدالرزاقّ فى الولاء باب ميراث موالى المرأة ص٣٧ ج٩. (٢) و السماء و ما بناها. الشمس:٥.

قدمناها و لأن ثبوت المالكية و القوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء إليها و ينسب إليها من ينسب إلى مولاها بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه الفراش و صاحب الفراش إنما هو الزوج و المرأة مملوكة لا مالكة و ليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب لأن الولاء لا يورث

---

قدمناها) و في بعض النسخ قد بيناها و أشار به إلى قوله فان ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر إلى أن قال جر الأب ولاء ابنه و الجد هل يجر الولاء أم لا فقال الحاكم في كافيه قال الشعبي إذا أعتق الجد جر الولاء و قال أبو حنيفة و أبو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى لا يجر الجد الولاء و لا يكون مسلماً باسلام الجد و في السراجية قال شريح و سفيان و مالك و أهل المدينة رحمهم الله تعالى إن الجد يجر ولاء ولد الإبن من موالي أمه إلى موالي نفسه و به قال الأوزاعي و ابن أبي ليلي و ابن المبارك رحمهم الله تعالى و قال زفر إن كان الأب حياً فالجد لا يجر الولاء و إن كان ميتاً يجر الولاء و في الأسرار و شرح الأقطع قال الشافعي رحمه الله تعالى الجد يجر الولاء و لنا أن الجد يدلي إليه بواسطة فلم يجر الولاء كالأخ و العم و لا يكون مسلماً باسلام الجد إذ لو جاز اتباعه الجد في الإسلام جاز إتباعه جد الجد إلى ما لا نهاية له فيلزم أن يكون الكفار كلهم مسلمين تبعاً لآدم عليه الصلاة و السلام و لا وجه إلى ذلك للزوم الجمع بين النقيضين (و لأن ثبوت المالكية) هذا دليل ثان عقلي على أن ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن تقريره أن ثبوت المالكية يعني كونه مالكاً (و القوة في المعتق) بفتح التاء (من جهتها) أي من جهة المعتقة و كل من ثبت من جهته شئ ينسب إليه (فينسب بالولاء إليها) أي إذا كان الأمر كذلك فينسب المعتق بالولاء إلى المعتقة (و ينسب إليها من ينسب إلى مولاها) أي مولى المعتقة لأن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء و في ذلك لا فرق بين الرجل و المرأة (بخلاف النسب) فانه لا يثبت إلا من الآباء (لأن سبب النسبة فيه الفراش و صاحب الفراش إنما هو الزوج) لأنه المالك (و المرأة مملوكة لا مالكة) فلا ينسب إليها الفراش ( وليس حكم ميراث المعتق) بفتح التاء (مقصوراً على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب لأن الولاء لا يورث) حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب فلو كان إستحقاق المال في الولاء بالارث لكان للذكر مثل حظ الأنثيين كما في سائر المواريث و لكن الولاء باعتبار النصرة و النصرة بالذكور لا الاناث لضعف بنيتهن فيخلف المولى الذى أعتق العبد في الولاء من يتحقق النصرة به فكان الولاء للذكور دون

و يخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى أباً و ابناً فالولاء للابن عند أبى حنيفة و محمد رحهما الله تعالى لأنه أقربهما عصوبة و كذلك الولاء للجد دون الأخ عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه أقرب فى العصوبة عنده و كذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها

---

الإناث و هو معنى قوله (و يخلفه فيه) أى يخلف المولى الذى أعتق فى الولاء ( من يكون النصرة به) و النصرة بالذكور دون الإناث (حتى لو ترك المولى أباً و إبناً فالولاء للابن عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) صورته امرأة أعتقت عبداً ثم ماتت عن إبن و أب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما و به قال الشافعي و مالك و الثورى و الشعبى و الزهرى و ابن المسيب و عطاء و الحسن و الحكم و قتادة و حماد و أكثر الفقهاء رحمهم الله تعالى و هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى أولاً ثم رجع فقال لأبيها السدس و الباقى للابن لأن الأب عصبة كالإبن و الإبن و الأب فى القرب سواء فيكون حكمهما سواء و به قال أحمد و النخعى و الأوزاعى و العنبرى شريح و اسحاق رحمهم الله تعالى (لأنه) أى لأن الإبن (أقربهما عصوبة) أى من حيث العصوبة و الولاء بالعصوبة و لا يظهر عصوبة الأب مع الإبن (و كذلك الولاء للجد دون الأخ عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) يعنى لو ترك جد مولاه أبا أبيه و أخاه لأب و أم أو لأب كان ميراثه للجد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (لأنه أقرب) أى لأن الجد أقرب من الأخ (فى العصوبة عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و به قال أبو ثور و عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى كلاهما سواء و به قال أحمد و الشافعى رحمهما الله تعالى فى قول لأنهما عصبتان فيكون الولاء بينهما نصفين كالأخوين و عند مالك رحمه الله تعالى أن المال للأخ و هو قول من الشافعى رحمه الله تعالى و هكذا روى عن زيد رضى الله عنه (و كذا الولاء لإبن المعتقة حتى يرثه) صورته امرأة أعتقت عبده ثم ماتت و تركت ابنها و أخاها ثم مات العبد و لا وارث له غيرهما فالميراث لإبنها (دون أخيها) و عليه اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعين و الفقهاء رحمهم الله تعالى و ما روى عن على رضى الله تعالى عنه أن امرأة ماتت و خلفت ابنها و أخاها أو ابن أخيها أن ميراث مواليها لأخيها و ابن أخيها دون ابنها فقد ثبت رجوعه عنه إلى قول الجماعة (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لأنه أقربهما عصوبة (إلا أن عقل جناية المعتق) بفتح التاء (على أخيها) أى على أخ المعتقة (لأنه من قوم أبيها) أى لأن الأخ من قوم أب المعتقة و الأصل فى العقل قوم الأب و ابنها لا ينسب إلى

و جنايته كجنايتها و لو ترك المولى ابناً و أولاد ابن آخر معناه بنى ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لأن الولاء للكبر

قوم أبيها بل ينسب إلى قوم زوجها (و جنايته كجنايتها) أى جناية المعتق كجناية المعتقة (و لو ترك المولى ابناً و أولاد ابن آخر معناه بنى ابن آخر فميراث المعتق) بفتح التاء (للابن دون بنى الإبن لأن الولاء للكبر) بضم الكاف و سكون الباء الموحدة و كبر (١) الشيء في اللغة معظمه قال الله تعالى ﴿و الذى (٢) تولى كبره﴾ قرأ يعقوب و حميد الأعرج رحمهما الله تعالى بالضم قال ابن السكيت يستوى فيه الواحد و الجمع و المؤنث و في العباب و قولهم هو كبر قومه بالضم أى هو أقعدهم فى النسب و فى الحديث الولاء للكبر و هو أن يموت الرجل و يترك ابناً و ابن ابن فالولاء للابن دون ابن الإبن و قوله الكبر أى للأقرب انتهى و قال الكاكى أى لأكبر أولاد المعتق و المراد أقربهم نسباً لا أكبرهم نسباً ألا ترى أن المعتق إذا مات و ترك ابنين كبيراً و صغيراً ثم

(١) كبر الشيء الخ. و في الصحاح للجوهرى: كِبر الشيء (بكسر الكاف) معظمه قال الله تعالى والذى تولّى كبره (النور: ١١) و يقال أيضا فلان كبرة ولد أبويه (بكسر الكاف مع سكون الباء) إذا كان آخرهم و قال ابن السكيت: يستوى فيه الواحد و الجمع و المؤنث. و قولهم: كبر قومه بالضم أى هو أقعدهم فى النسب. و فى الحديث "الولاء للكبر" و هو أن يموت الرجل و يترك ابنا و ابن ابن فالولاء للابن دون ابن الابن اه و فى النهاية لابن أثير: و فى الحديث "الولاء للكبر" أى أكبر ذرّية الرجل مثل أن يموت الرجل عن ابنين فيرثان الولاء ثم يموت أحد الابنين عن أولاد فلا يرثون نصيب أبيهم من الولاء و إنما يكون لعمّهم و هو الابن الآخر. يقال: فلان كبر قومه بالضم إذا كان أقعدهم فى النسب و هو أن ينتسب إلى جدّه الاكبر بآباء أقل عددا من باقى عشيرته و منه حديث العباس رضى الله تعالى عنه "أنه كان كبر قومه" (بالضم) لأنه لم يبق من بنى هاشم أقرب منه إليه فى حياته. و فى الحديث أن رجلا مات و لم يكن له وارث فقال إدفعوا ماله إلى اكبر خزاعة أى كبيرهم و هو أقربهم إلى الجد الاعلى اه. و فى لسان العرب: فلان إكبرة قومه بالكسر و الراء مشددة أى كبر قومه (بالضم) و يستوى فيه الواحد و الجمع و المؤنث. قال الازهرى: و يقال فلان كبر ولد أبيه و كبرة ولد أبيه (بضمتين مع تشديد الراء فيهما) هكذا قيّده أبو الهيثم بحظه و كبر القوم (بالضم فالسكون) و إكبرّتهم: (بالكسر والراء مشدودة): أقعدهم بالنسب و المرأة فى ذلك كالرجل اه. (٢)والذى تولى كبره الآية: النور: ١١. و فى لسان العرب: و قوله تعالى: والذى تولّى كبره؛ قال ثعلب: يعنى معظم الافك؛ قال الفراء: اجتمع القراء على كسر الكاف و قرأها حميد الأعرج وحده كبره (بالضم) و هو وجه جيّد فى النحو لأن العرب تقول: فلان تولّى عظم الأمر (بالضم)، يريدون اكثره؛ و قال ابن اليزيدى: أظنها لغة؛ قال أبو منصور: قاس الفراء الكبر على العظم و كلام العرب على غيره اه و فى تفسير روح المعانى: قوله تعالى تعالى "والذى تولّى كبره" بكسر الكاف و قرأ الحسن و الزهرى و أبو رجاء و مجاهد و الأعمش و أبو البرهسم و حميد و ابن أبى عبلة و سفيان الثورى و و يزيد بن قطيب و يعقوب و الزعفرانى و ابن مقسم و عمرة بن عبدالرحمن و سورة عن الكسائى و محبوب عن أبى عمرو رحمهم الله تعالى كبره بضم الكاف و هو و مكسورها مصدران لكبر الشيء عظم و معناهما واحد و قيل: الكبر بالضم المعظم و باالكسر البداءة بالشيء و الجمهور على الأول اه.

هو المروى عن عدة من الصحابة منهم عمر و على و ابن مسعود وغيرهم رضى الله تعالى عنهم أجمعين

مات المعتق والولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب إلى الميت من حيث النسب كذا ذكره شيخ الإسلامّ و قال الاسبيجابىّ فى شرح الكافى و أرادوا بالكبر القرب لأن الأكبر من الأولاد يكون وجوده أقرب إلى وجود الأب من غيره فكنوا به عنه و فى شرح الأقطع و قولهم الولاء للكبر خرج على المعتاد و هو أن الإبن يكون أكبر من ابن الإبن فى أكثر الأحوال و إن كان فى حالة قد يكون ابن الإبن أكبر من عمه و قال فى المغرب (١) قولهم الولاء للكبر أى لأكبر أولاد المعتق و المراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سناً و قال فى الفائق فى حديث النبى ﷺ مات رجل من خزاعة و لم يدع وارثاً فقال ادفعوه إلى أكبر خزاعة أى ادفعوا ماله إلى كبير هم و هو أقربهم إلى الجد الأعلى و لم يرد كبير السن و قال الحاكمّ في كافيه و تفسيره عندهم أى تفسير قوله عليه الصلاة و السلام الولاء للكبر رجل أعتق عبداً ثم مات و ترك ابنين ثم مات أحد الإبنين و ترك إبناً ثم مات المعتق فميراثه لإبن المعتق لصلبه دون ابن إبنه و كذلك القول فى كل عصبة على هذا القياس فى أن الولاء للكبر منهم فى ذلك الوقت و قال في شرح الطحاوى و لو مات و ترك خمسة بنى ابن المعتق و ابن ابن المعتق من آخر فالميراث أسداسا لأنهم يرثون بالعصوبة و عصوبتهم بالسوية (هو المروى عن عدة من الصحابة) أى قولهم الولاء للكبر هو المروى عن جماعة معدودة من الصحابة (منهم عمر و على و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهم) روى (٢) الدارمىّ فى مسنده أخبرنا يزيد بن هارون ثنا أشعث عن الشعبى عن عمر و على و زيد رضى الله تعالى عنهم قالوا الولاء للكبر قالوا يعنون بالكبر ما كان أقرب بأب أو أم و رواه (٣) من طريق آخر و زاد فيه ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و رواه القاسم بن جزم السرقسطىّ فى كتاب غريب الحديث أخبرنا محمد بن على حدثنا سعيد بن منصور حدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن ابراهيم عن على و زيد و عبدالله رضى الله تعالى عنهم أنهم كانوا يقولون الولاء للكبر قال و معناه لأقعد الناس بالمعتق يوم يموت المعتق و قال فى موضع آخر قال يعقوب الولاء للكبر بضم الكاف و هو أكبر ولد الرجل (و غيرهم رضى الله تعالى عنهم أجمعين) مثل عبدالله بن عمر و أسامة بن زيد و أبو مسعود البدرى و زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهم و قد أخرج (٤) البيهقىّ عن على و عبدالله و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم أنهم كانوا يجعلون

(١)المغرب ص٢٠٤ ج٢. (٢)روى الدارمىّ فى الفرائض باب الولاء للكبر ص٤٧٠ ج٢. (٣)رواه أى الدارمىّ فى الباب المذكور آنفا. (٤)أخرج البيهقىّ فى الولاء باب لا ترث النساء الولاء ص٣٠٦ ج٩.

و معناه القرب على ما قالوا و الصلبى أقرب

## فصل في ولاء الموالاة

الولاء للكبر من العصبة و أخرج (١) عبدالرزاق في مصنفه عن الثورى عن منصور عن ابراهيم أن عليا و عمر و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم كانوا يجعلون الولاء للكبر و به قال عطاء و طاووس و سالم بن عبدالله و الحسن و إبن سيرين و الشعبى و إسحاق و أبو ثور و داود و غيرهم رحمهم الله تعالى (و معناه) أى منى قوله الولاء للكبر (القرب على ما قالوا و الصلبى أقرب) أى الإبن الصلبى أقرب إلى الميت.

(فصل في ولاء الموالاة)

إنما أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة لأنه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الأحوال بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل و لأن (٢) ولاء العتاقة مجمع عليه و في ولاء الموالاة اختلاف الأئمة رحمهم الله تعالى و قد مر معناها اللغوى أما معناها الشرعى فما ذكره في شرح الطحاوى و هو أن يقول أنت مولاى جنايتي عليك و جنايتك عليّ و ميراثي لك إن مت فإذا مات كان ميراثه للأعلى إن لم يكن له وارث و لا يرث الأسفل من الأعلى إلا إذا شرط ميراث الأعلى لنفسه و من أسلم على يد رجل فبنفس الإسلام لا ينعقد له الولاء و له أن يوالى من شاء إن شاء والى مع الذى أسلم على يديه و إن شاء والى مع غيره و له أن يتحول بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه فإذا عقل عنه فبعد ذلك ليس له أن يوالى غيره إلا إذا كان أبوه في دارالحرب فسبى فأعتقه مولاه يثبت ولاؤه من معتقه و يجر ولاء الولد إلى نفسه و اللقيط حر و جنايته على بيت المال و ميراثه لبيت المال فاذا أدرك كان له أن يوالى مع من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالى أحدا و قال شيخ الإسلام في شرح الكافي الولاء أن يقول له إنى رجل غريب ليس لى عشيرة و لا ناصر فانضم إليك و إلى عشيرتك حتى أعد من جملتك فتنصرنى و تحمل عنى نوائبى و إن مت كان ميراثى لك فيقبل منه فينعقد بينهما عقد موالاة بهذا و ذكر في الذخيرة ان يسلم رجل على يد رجل فيقول للذى أسلم على يده أو لغيره واليتك على أنى إن مت فميراثى لك و إن جنيت فعقلى عليك و على عاقلتك و قبل الآخر منه و لا يثبت أحكامه بمجرد الاسلام بدون عقد الموالاة ذكره في الذخيرة و جامع التمرتاشى و في الغاية لا يثبت الولاء بمجرد الاسلام ما لم يعقد عقد الموالاة و هذا هو مذهب أصحابنا و الشعبى و مالك و الثورى رحمهم الله تعالى و عند عمر بن عبدالعزيز و سعيد بن المسيب و الليث بن سعد رحمهم الله تعالى

---

(١) أخرج عبدالرزاق في الولاء باب الولاء للكبر ص ٣٠ ج ٩. (٢) و لأن ولاء العتاقة الخ. أقول و لأنه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمى و لا يوجد في ولاء الموالاة إحياء أصلا كذا في الأفكار.

**قال و إذا أسلم رجل على يد رجل و والاه على أنه يرثه و يعقل عنه إذا جنى أو أسلم على يد غيره و والاه فالولاء صحيح و عقله على مولاه فان مات و لا وارث له غيره فميراثه للمولى و قال الشافعي رحمه الله تعالى الموالاة ليس بشيء**

يثبت الولاء بمجرد الاسلام على يد رجل كذا ذكره سراج الدين أبو ظاهر السجاونديّ في شرح فرائضه انتهى و في المبسوط الاسلام على يده ليس بشرط لصحة العقد و إنما ذكره علي سبيل العادة و كذا الاسلام على يده ليس بكاف لثبوت ولاء الموالاة عند أكثر أهل العلم إلا ما روى عن الروافض و أحمدؒ في رواية و عن ابراهيم و إسحاق و عمر بن عبدالعزيز رحمهم الله تعالى و عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه لما روى راشد بن سعد رضى الله تعالى عنه أنه عليه الصلاة و السلام قال من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه قلنا هذا حديث ضعيف (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و إذا (١) أسلم رجل على يد رجل و والاه على أنه يرثه و يعقل عنه إذا جنى أو أسلم على يد غيره و والاه فالولاء صحيح و عقله على مولاه) و له (٢) ثلاث شرائط إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره و أما نسبة غيره إليه فغير مانع و الثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد و قد عقل عنه و الثالثة أن لا يكون عربيا فان قبل من شرط العقد عقل الأعلى و حريته فان موالاة الصبى و العبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثاً أجيب بأن المذكورة إنما هى الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور و أما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكر (فان مات و لا وارث له غيره) أى فان مات المولى و الحال أنه لا وارث له غير الذى والاه (فميراثه للمولى) الذى والاه (و قال الشافعي رحمه الله تعالى الموالاة ليس بشيء) أى عقد الموالاة ليس بشيء في حق استحقاق الارث و التذكير بهذا الاعتبار و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى

(١)و إذا أسلم رجل الخ. أقول ذكر الاسلام على سبيل العادة و التقييد بالرجل اتفاقى لصحة عقد الموالاة من المرأة أيضا كما في الشامية. (٢)و له ثلاث شرائط الخ. و عقد الموالاة (أى و عاقد عقد الموالاة و المراد بالعاقد الموجب لا القابل) شرطه أن يكون حرا و الثانى أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره أما نسبة غيره إليه فغير مانع عناية و الثالث أن لا يكون عربيا والرابع أن لا يكون له ولاء عتاقة و لا ولاء موالاة مع أحد و قد عقل عنه و الخامس أن لا يكون عقل عنه بيت المال و السادس أن يشترط العقل و الارث كذا في الدر المختار و السابع أن يكون عاقلا و الثامن أن يكون بالغا كما في التبيين. و في رد المحتار على الدر المختار: (قوله مجهول النسب) أقول صرّحوا بأن للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بولائه إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عنه فهذا الشرط لا يوافقه سعدية و نقل نحوه ح عن المقدسى أقول و يؤيده قوله في غرر الأفكار و لو علم نسبه و هو المختار و في شرح المجمع كونه مجهول النسب ليس بشرط عند البعض و هو المختار.

لأن فيه إبطال حق بيت المال و لهذا لا تصح (١) في حق وارث آخر و لهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال و إن لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال و إنما يصح في الثلث و لنا قوله تعالى ﴿و الذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم﴾ والآية في الموالاة و سئل رسول الله ﷺ

---

و هو قول الشعبيّ (لأن فيه) أى في التوريث بعقد الموالاة (إبطال حق بيت المال) و ذلك لأن الارث إما بالقرابة أو بالزوجية بالنص أو بالعتق بالحديث و لم يوجد واحد منها و عند عدم الوارث يكون لبيت المال و في عقدهما الموالاة إبطال حق بيت المال و كان تصرفاً قصد به بغير وضع الشرع فلا يصح (و لهذا لا يصح في حق وارث آخر) أى و لأجل ما ذكرنا لا يصح عقد الموالاة في حق وارث آخر فكذا لا يصح في حق بيت المال لأنه بمنزلة الورثة عند عدمهم (و لهذا) توضيح آخر أى و لأجل ما ذكرنا (لا يصح عنده) أى عند الشافعي رحمه الله تعالى (الوصية بجميع المال و إن لم يكن للموصى وارث) كلمة إن واصلة بما قبلها (لحق بيت المال) أى لأجل حقه لأن في تجويزه إبطال حقه (و إنما يصح) أى الوصية بجميع المال (في الثلث) بالنص المشهور (و لنا قوله تعالى ﴿والذين (٢) عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم﴾) أى عاقدتم كقوله تعالى ﴿يوم (٣) ينظر المرء ما قدمت يداه﴾ أى نفسه إلا أنه أضاف العقد إلى أيماننا لأن أكثر الكسب تجرى على اليد و ليس المراد به القسم بل المراد الصفقة باليمين فان عادة المتعاقدين جرت بأن يأخذ كل واحد منهما بيمين الآخر إذا عاقده فسمي العقد صفقة لهذا قوله ﴿ فآتوهم نصيبهم﴾ أى من الميراث لأن المراد من المعطوف عليه و هو قوله ﴿لكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان و الأقربون﴾ بيان النصيب على جهة الاستحقاق إرثاً فكذا المراد مما عطف عليه إذ المعطوف في حكم المعطوف عليه و لم ينسخ هذا النصيب بآية المواريث لأن المولى لا يرث إلا بعد العصبة و الرحم فلا يقع بينهما تعارض و لا تناسخ (و الآية في الموالاة) أى عقد الموالاة كما ذكرنا (و سئل رسول الله ﷺ

---

(١)لا تصح. ن. لا يصح. (٢)والذين عقدت أيمانكم الآية. النسآء:٣٣. فان قلت: روى عن ابن عباسؓ في قوله تعالى "والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم" قال: كان الرجل يحالف الرجل ليس بينهما نسب ليرث أحدهما الآخر فنسخ الله ذلك بالأنفال و "أولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله" رواه الحاكمؒ في المستدرك و سكت عنه هو و الذهبيؒ في التلخيص. قلت: معناه أنه منسوخ عند وجود أولى الأرحام و أما عند عدمهم فلا لعدم المعارضة التي هو من شروط النسخ و هو مذهب الحنفية و الله تعالى اعلم و ما روى أنه لا حلف في الاسلام فليس فيه نفي الموالاة بل فيه نفي لحلف الجاهلية و نحن لا نقول به ثم مولى الموالاة ليس بأدنى درجة من الموصى له بجميع المال و إذا كان الموصى له بجميع المال مقدما على بيت المال فمولى الموالاة أولى والله تعالى اعلم كذا في الاعلاء باب ميراث مولى الموالاة ص٣٠٨ ج١٦. (٣)يوم ينظر الآية. النبا: ٤٠.

عن رجل أسلم على يد رجل آخر و والاه فقال هو أحق الناس به محياه و مماته

عن رجل أسلم على يد رجل آخر و والاه فقال هو أحق الناس به محياه و مماته) هذا الحديث أخرجه (١) الأربعة رحمهم الله تعالى في الفرائض فأبو داودؒ رواه عن يحيى بن حمزة عن عبدالعزيز بن عمر قال سمعت عبدالله بن موهب يحدث عمر بن عبدالعزيز عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الدارى رضى الله تعالى عنه أنه قال يا رسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يدى الرجل من المسلمين قال هو أولى الناس بمحياه و مماته و الترمذىؒ عن أبى أسامة و ابن نمير و وكيع عن عبدالعزيز بن عمر بن عبدالعزيز عن عبدالله بن موهب عن تميم الدارى رضى الله تعالى عنه فذكره و النسائىؒ عن ابن أبى اسحاق عن عبدالعزيز بن عمر عن عبدالله بن موهب عن تميمؓ نحوه و عن عبدالله بن داود عن عبدالعزيز بن عمر بن عبدالعزيز عن عبدالله بن موهب عن تميمؓ نحوه و ابن ماجةؒ عن وكيع عن عبدالعزيز بن عمر عن عبدالله بن موهب عن تميمؓ نحوه فان قلت أعلّ (٢) البيهقىؒ هذا الحديث حيث ذكره من طريق يعقوب بن سفيان حدثنى أبو نعيم ثنا عبدالعزيز بن عمر بن عبدالعزيز عن عبدالله بن موهب قال سمعت تميم الدارىؓ إلى آخره ثم قال قال يعقوب هذا خطأ ابن موهب لم يسمع من تميمؓ و لا لحقه ثم أخرجه من طريق يعقوب عن عبدالله بن يوسف عن يحيى بن حمزة عن عبدالعزيز عن ابن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن تميمؓ ثم أخرجه من طريق أبى داود المذكورة ثم قال فعاد الحديث مع ذكر قبيصة فيه إلى الارسال ثم ذكر أن الشافعى رحمه الله تعالى قال ابن موهب ليس بمعروف عندنا و لا نعلمه لقى تميماًؓ و مثل هذا لا يثبت عندنا و لا عندك من قبل أنه مجهول و لا أعلمه متصلا قلت أخرجه الحاكمؒ من طريق ابن موهب عن تميمؓ ثم قال صحيح على شرط مسلم و عبدالله بن موهب بن زمعة مشهور و شاهده عن تميمؓ حديث قبيصة ثم ذكر حديث قبيصة بسنده و أخرج ابن أبى شيبةؒ الحديث فى مصنفه عن وكيع عن عبدالعزيز و صرح فيه بسماع ابن موهب من تميمؓ كرواية أبى نعيمؒ و أخرجه ابن ماجةؒ فى سننه عن ابن أبى شيبةؒ كذلك فهذان ثقتان جليلان صرحا فى روايتهما بسماع ابن موهب من تميمؓ و أدخل يزيد بن خالد و هشام و ابن يوسف بينهما قبيصة فان كان الأمر كما ذكر أبو نعيمؒ

(١) أخرجه الأربعة رحمهم الله تعالى فأبو داودؒ فى الفرائض باب فى الرجل يسلم على يدى الرجل ص٤٨ ج٢ و الترمذىؒ فى الفرائض باب ما جآء فى الرجل يسلم على يدى الرجل ص٣٢ ج٢ و النسائىؒ فى سننه الكبرى فى الفرائض باب ميراث موالى الموالاة ص٨٨ و ٨٩ ج٤ و ابن ماجةؒ فى الفرائض باب الرجل يسلم على يدى الرجل ص٢٠٢. (٢) علّ البيهقىؒ فى الولاء باب ما جآء فى علة حديث روى فيه عن تميم الدارى رضى الله تعالى عنه مرفوعا ص٢٩٦ ج١٠.

..............................

و وكيعٌ حمل على أنه سمع منه بواسطة و بدونهما و إن ثبت أنه لم يسمع منه و لا لحقه فالواسطة و هو قبيصة ثقة أدرك زمان تميمٌ بلا شك فعنعنته محمولة على الاتصال فلا أدرى ما معنى قول البيهقيٌ فعاد الحديث مع ذكره إلى الارسال و قال صاحب الكمالٌ ابن موهب ولاّه عمر بن عبدالعزيز قضاء فلسطين و روى عنه عبد العزيز بن عمر و الزهرى و ابنه يزيد بن عبدالله و عبدالملك بن أبى جميلة و عمرو بن مهاجر و قال يعقوب بن سفيان ثنا أبو نعيم ثنا عبدالعزيز بن عمر و هو ثقة عن ابن موهب الهمدانى و هو ثقة قال سمعت تميماً و كذا ذكر الصريفينىٌ كتابه بخطه فدل ذلك على أنه ليس بمجهول لا عيناً و لا حالاً ثم الظاهر أن الشافعىٌ يخاطب محمد بن الحسنٌ لأنه المخالف له فى هذه المسألة هو و أصحابه و قد عرف من مذهبهم أن الجهالة و عدم الاتصال لا يضران الحديث فلو سلموا له ذلك لكان الحديث ثابتاً عندهم محتجاً به فكيف يقول الشافعىٌ و مثل هذا لا يثبت عندنا و لا عندك فإن قيل قال الخطابىٌ فقد ضعف أحمد بن حنبلٌ هذا الحديث و قال إن راويه عبد العزيز ليس من أهل الحفظ والإتقان و قال ابن المنذرٌ لم يروه غير عبدالعزيز بن عمر و هو شيخ ليس من أهل الحفظ و قد اضطربت روايته فيه قلت عبدالعزيزٌ هذا من رجال الصحيحين و قال ابن معينٌ ثقة روى يسيرا و قال أبو زرعةٌ لا بأس به و قال أبو نعيمٌ ثقة و قال ابن عمارٌ ثقة لا اختلاف فيه و بما ذكرنا سقط اعتراض المعترضين كالبيهقىٌ و الخطابىٌ و ابن القطانٌ أيضاً حيث قال فى كتابه و علة هذا الحديث الجهل بحال عبدالله بن موهب فإنه لا يعرف حاله و قد بينا لك حاله فظهر لك سقوط اعتراضه ألا ترى أن البخارىٌ ذكر هذا الحديث فى الصحيح تعليقاً حيث قال فى كتاب الفرائض باب (١) إذا أسلم على يديه و يذكر عن تميم الدارىٌ رفعه قال هو أولى الناس به محياه و مماته و قد اختلفوا فى صحة هذا الخبر حيث لم يجزم بضعفه فعبارته تدل على أصل الحديث و أما (٢) صحته فقد بينا ها الآن قوله محياه و مماته مصدران ميميان بمعنى الحياة و

(١)باب إذا أسلم على يديه ص ١٠٠٠ ج٢. (٢)و أما صحته الخ. قال الحافظ العينىٌ فى العمدة: و مما يؤيد صحة حديث تميم الدارى رضى الله تعالى عنه ما رواه ابن جرير الطبرىٌ فى التهذيب: و روى خصيفٌ عن مجاهدٌ قال جآء رجل إلى عمر رضى الله تعالى عنه فقال إن رجلا أسلم على يدى و مات و ترك ألف درهم فلمن ميراثه قال أرأيت لوجنى جناية من كان يعقل عنه قال أنا قال فميراثه لك و رواه مسروقٌ عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و قاله ابراهيم و ابن المسيب و مكحول و عمر بن عبدالعزيز رحمهم الله تعالى و فى الاستذكار هو قول أبى حنيفة و صاحبيه و ربيعة رحمهم الله تعالى قاله يحى بن سعيدٌ فى الكافر الحربى إذا أسلم على يد مسلم و روى عن عمر و عثمان و على و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهم أنهم أجازوا الموالاة و ورثوا و قال الليثٌ عن عطاء و الزهرى و مكحول رحمهم الله تعالى نحوه اه.

و هذا يشير إلى العقل و الإرث فى حالتين هاتين و لأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث يشاء و الصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لأنه مستحق قال و إن كان له وارث فهو أولى منه و إن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الأرحام لأن الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما و ذو الرحم وارث و لا بد من شرط الإرث و العقل كما ذكر فى الكتاب لأنه بالالتزام و هو بالشرط و من شرطه أن لا يكون المولي من العرب لأن تناصرهم بالقبائل فأغني عن الموالاة

---

الموت و المعنى هو أحق به فى حالة الحياة عقلاً و فى حالة الممات إرثاً (و هذا) أى الحديث المذكور (يشير إلى العقل و الإرث فى حالتين هاتين) أى يشير إلى العقل فى حالة الحياة و إلى الارث فى حالة الممات (و لأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث يشاء) أى و لأن مال الموالى حقه فيصرفه إلى أى جهة شاء و لا حجر عليه (و الصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق) هذا جواب عن قول الشافعيؒ لأن فيه إبطال حق بيت المال يعنى الصرف إلى بيت المال لضرورة عدم المستحق (لا لأنه) أى بيت المال (مستحق) لمال الناس لا يقال إن النبى عليه الصلاة و السلام قال الولاء لمن أعتق فيفهم من ذلك أن ولاء الموالاة باطل لأنه لا معتق له لأنا نقول لا نسلم ذلك لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفى ما عداه (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و إن كان له) أى للذى والى غيره (وارث فهو أولى منه) أى من الذى والاه (و إن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الأرحام) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأن الموالاة عقدهما) أى عقد الموالين (فلا يلزم غيرهما و ذو الرحم وارث) فيقدم عليه فإن قيل ينبغى أن يصح فى الثلث لأنه خالص حقه فيصرفه إلى من يشاء و صار فى معنى الوصية أجيب بأنه لو كان بطريق الوصية لقدم على الأب و الإبن و لا كذلك بالإجماع (و لا بد من شرط الارث و العقل) و ذلك بأن يقول واليتك على أنى إن جنيت عقلت عنى و إن جنيت عقلت عنك و إن مت ورثتنى و إن مت ورثتك (كما ذكر فى الكتاب) أى القدورى رحمه الله تعالى (لأنه بالالتزام) أى لأن كل واحد من الارث و العقل يكون بالالتزام فلا يصح بدونه (و هو بالالتزام بالشرط) أى الالتزام يكون بالشرط (و من شرطه) أى و من شرط عقد الموالاة أى و من شرط صحته (أن لا يكون المولي من العرب) أراد به المولى الأسفل (لأن تناصرهم بالقبائل) أى لأن تناصر العرب يكون بالأقارب و العشائر لأنهم يتناصرون بنسبتهم إلى القبائل (فأغنى عن الموالاة) لكون التناصر بالقبائل آكد من نصرة الموالاة لأنه لا يلحقه الفسخ فان قلت التناصر حكمة و هو لا تراعى فى كل فرد و إنما تراعى فى الجنس كما فى الاستبراء فان الحكمة فيه فراغ الرحم و إنها تعتبر فى الجملة لا فى كل فرد حتى لا يجب الاستبراء فيمن اشترى

**قال و للمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية و كذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم إلا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً**

---

من امرأة أو اشترى أمة صغيرة قلت التناصر علة لا حكمة فان قلت العلة لا بد أن تكون موجودة و التناصر قد يوجد و قد لا يوجد قلت التناصر يكون موجودا لحاله تحقيقا أو تقديرا لقيام سببه و لو أسلم على يد صبى و والاه لا يصح لأن الصبى ليس من أهل النصرة و ليس من أهل الالتزام أيضاً و كذا لو والى رجل عبداً لم يجز إلا أن يكون باذن المولى لأنه عقد التزام النصرة و العبد لا يملكه بنفسه إلا باذن سيده و لو والى صبياً باذن أبيه أو وصيه يصح لأن عبارته إذا كان يعقل معتبرة فى العقود و التزامه باذن وليه صحيح فيما لا يكون محض مضرة كالبيع و الشراء و نحوه كذا فى المبسوط (١) و فى المكاتب روايتان فى رواية يصح و يكون ولاؤه لمولاه و فى رواية لا يصح لأنه عبد كذا فى المحيط (قال) أى القدوريّ (و للمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره) أى و للمولى الأسفل الانتقال عن الذى والاه إلى غيره (ما لم يعقل عنه) أى ما لم يعقل الذى والاه عن المولى الأسفل (لأنه) أى لأن عقد الموالاة (عقد غير لازم بمنزلة الوصية) فحينئذ له الرجوع كما فى الوصية (و كذا للأعلى) و كذا للمولى الأعلى (أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم) لما ذكرنا أنه عقد غير لازم و قال الحاكمّ فى كافيه رجل والى رجلا فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه و له أن ينقضه بحضرته و كذلك للرجل أن يتبرأ من ولائه ما لم يعقل عنه فاذا نقض أحدهما الولاء بغير محضر من صاحبه لم ينتقض إلا أن يوالى الأسفل آخر فيكون ذلك نقضاً و إن لم يحضر صاحبه و فى التحفة فاذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول بالولاء إلى غيره و صار العقد لازماً إلا إذا اتفقا على النقض (إلا أنه يشترط فى هذا) أى فى فسخ عقد المولاة و قال تاج الشريعةّ أى فى انتقال الولاء إلى غيره و تبرؤ الأعلى عن ولاء الأسفل (أن يكون بمحضر من الآخر) المراد بالمحضر العلم حتى إذا وجد العلم بلا حضور كان كافياً (كما فى عزل الوكيل قصداً) حيث لم يصح إلاّ بالعلم لأنه يؤدى إلى الغرور فانه يتصرف على حساب أنه وكيل فيصير ضامناً كذا ههنا متى فسخ الأسفل عقد الموالاة بغير محضر من الأعلى يصير الأعلى مغروراً لأنه ربما يموت الأسفل فيظن أنه وارثه فيتصرف فيضمن و كذلك الاعلى إذا فسخ بغير حضرة من الأسفل لأن الأسفل إذا لم يعلم به يعتق عبيده على حساب أن عقل عبيده على مولاه و لم يجب عليه فيشترط علمهما فان قلت لم قيد بقوله قصداً

---

(١) المبسوط للسرخسيّ ص ٩٥ ج ٨.

**بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول لأنه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة قال و إذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه تعلق به حق الغير و لأنه قضى به القاضى و لأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض فى الهبة و كذا لا يتحول ولده و كذا إذا عقل**

---

قلت لأن عزل الوكيل بدون علمه يجوز ضمناً فكذا عقد الولاء ينفسخ بدون العلم ضمناً لا قصداً لا يقال في عزل الوكيل قصداً يتضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل و ههنا لا يتضرر أحد لأنا نقول سبب الاشترط ههنا هو السبب هناك و هو دفع الضرر فان العقد كان بينهما و فى تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه و إلزام شيء على الآخر من غير علمه به نفسه ضرر لا محالة لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد و فيه إبطال فعله بدون علمه (بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول) أى من المولى الأعلى حيث يجوز هذا (لأنه) أى لأن عقد الأسفل مع غيره (فسخ حكمى) لأن انتقاض العقد فى حق الأول ضرورة صحة العقد مع الثانى فصار (بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة) حيث يجوز كما ذكرنا فان قيل فلماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبة فسخ العقد الأول أجيب بأن الولاء كالنسب و النسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الأول (قال) أى القدورىّ (و إذا عقل عنه) أى إذا عقل المولى الاعلى عن المولى الأسفل (لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه) أى لأن الشأن (تعلق به حق الغير) أى تعلق بولائه حق الغير و هو المولى الذى والاه أولاً (و لأنه قضى به القاضى) أى و لأن الشأن قضى القاضى بموجب الجناية على المولى الذى عقل عنه فتأكد به الولاء و لأن القضاء بموجب الشيء قضاء بتقرير ذلك الشيء و إذا كان كذلك صار بمنزلة المجمع عليه بعد أن كان مجتهداً فيه فنفذ عند الكل فلا ينفسخ (و لأنه بمنزلة عوض ناله) أى و لأن عقل المولى عنه صار بمنزلة عوض وجده المولى الأسفل (كالعوض فى الهبة) فان الموهوب له إذا عوض للواهب عن هبته لم يبق له الرجوع فكذلك هذا (و كذا لا يتحول ولده) أى إذا كان للمولى الأسفل ولد لم يكن لولده أن يتحول إلى غير المولى الأعلى و فى المبسوط لا يتحول الولد بعد الكبر إلى غيره لأن ولاء الأب تأكد بعقل الجناية فتأكد التبع بتأكد الأصل فكما ليس للأب أن يتحول عنه بعد ما عقل جنايته فكذا ليس لولده ذلك إذا كبر (و كذا إذا عقل) أى المولى الأعلى

عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهما في حق الولاء كشخص واحد قال و ليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً لأنه لازم و مع بقائه لا يظهر الأدنى.

كتاب الاكراه

(عن (١) ولده) أى عن ولد المولى الأسفل (لم يكن لكل واحد منهما) أى من الوالد و الولد (أن يتحول) إلى غيره (لأنهما) أى لأن المولى الأسفل و ولده (فى حق الولاء كشخص واحد) حكماً فكما لا يجوز للوالد التحول فكذا لولده. (قال) أى القدورىّ (و ليس لمولى العتاقة أن يوالى أحداً لأنه لازم) أى لأن ولاء العتاقة لازم لا يتحمل النقض لأن سببه العتق و هو لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب و إذا لم يبطل فلا يفيد عقد الموالاة لأن الموالاة أدنى (و مع بقائه) أى مع بقاء ولاء العتاقة (لا يظهر الأدنى) أى عقد الموالاة ألا ترى أن ولاء العتاقة و الموالاة إذا كانا فى شخصين يقدم ولاء العتاقة فى الإرث فدل (٢) على أنه لا حكم له مع وجود ولاء العتاقة فوائد: و لو والت امرأة رجلا فولدت ولداً لا يعرف أبوه يدخل الولد فى ولائها تبعاً و كذا إن أقرت أنها مولاة فلان و فى يدها طفل لا يعرف أبوه يدخل الولد فى ولائها تبعاً عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الصورتين خلافاً لهما فيهما. و فى المحيط والى ذمى مسلما أو ذمياً جاز و هو مولاه و لو أسلم على يد حربى و والاه هل يصح لم يذكره فى الكتاب واختلفوا فيه قيل (٣) يصح و قيل لا يصح. والى رجلا ثم ولد له من امرأة والت آخر فولاء الولد لمولى الأب و كذا إن والت و هى حبلى بخلاف ما إذا أعتقت و هى حبلى فولاء الولد لقوم أمه والله أعلم بالصواب.

(كتاب (٤) الاكراه)

إنما ذكره عقيب كتاب الولاء لاشتمال كل منهما على التغيير فان الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة أكل مال المولى الأسفل بعد موته إلى حله و الإكراه يغير حال المكره من الحرمة إلى الحل و هو مصدر أكرهه إذا حمله على أمر يكرهه و لا يريده و الكره بالفتح و الضم إسم منه و

(١)عن ولده. أقول هذا يشير إلى أنه يدخل فى العقد أولاده الصغار و كذا من يولد له بعده كما فى التبيين بخلاف الكبار حتى لو والى ابنه الكبير رجلا آخر فولاؤه له كما فى البدائع. (٢)فدل الخ. و فى التاتر خانية: ذمى أعتق عبدا ثم لحق بدارا لحرب فاسترق ليس لمعتقه أن يوالى آخر لأن له مولى عتاقة فان أعتق مولاه فانه يرثه إن مات و إن جنى بعد ذلك عقل عن نفسه و لا يعقل عنه مولاه فى عامة الروايات و فى بعضها قال يرثه و يعقل عنه اه فافاد المنع من الموالاة و لو مع قيام المانع في مولى العتاقة كذا فى الشامية. (٣)قيل يصح لأنه يجوز أن يكون للحربى ولاء العتاقة على المسلم فكذا ولاء الموالاة كما فى الذمى و قيل لا يصح لأن فيه تناصر الحربى و موالاته و قد نهينا عنه بخلاف الذمى درر عن المحيط كذا فى الشامية. (٤)كتاب الاكراه. قيل فى مناسبته أن الولاء من آثار العتق و العتق لا يؤثر فيه الاكراه فناسب ذكره عقبه أو لأنه نادر كالموالاة كذا فى الشامية.

الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما يوعد به سلطاناً كان أو لصاً لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته

في الشرع هو ما ذكره المصنفؒ بقوله لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته و في الإيضاح هو فعل (١) يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذى طلب منه و في الوافي هو عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضاء (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما يوعد به) بضم الياء على صيغة المجهول أى يخوف به (سلطاناً كان أو لصاً (٢) لأن تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به و لا يخاف إلاّ إذا كان المكره قادراً على ذلك و لا فرق بين السلطان وغيره عند تحقق القدرة (لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي (٣) به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء (٤) أهليته) هذه اشارة إلى أن الإكراه لا يسقط عن

(١)فعل أى لا بحق لأن الاكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعا كالعنين إذا أكرهه القاضي بالفرقة بعد مضي المدة ألا ترى أن المديون إذا أكرهه القاضي على بيع ماله نفذ بيعه و الذمي إذا أسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما إذا أكرهه على البيع بغير حق منح عن مجمع الفتاوى و الفعل يتناول الحكمي كما إذا أمر بقتل رجل و لم يهدده بشيء إلا أن المأمور يعلم بدلالة الحال أنه لو لم يقتله لقتله أو قطعه الآمر فانه إكراه قهستاني و يشمل الوعيد بالقول و لذا قال في الدرر أعم من اللفظ و عمل سائر الجوارح كذا في الشامية. (٢)لصا. و في الشامية: و اللص السارق و فسره القهستاني بالظالم المتغلب غير السلطان قال و إنما ذكره بلفظ اللص تبركا بعبارة محمدؒ و لذا سعى به بعض حساده إلى الخليفة و قال سماكؒ في كتابه لصا و تمامه فيه. (٣)فينتفي به الخ. قال العلام الزيلعيؒ في التبيين: الاكراه نوعان ملجيء و غير ملجيء فالملجيء هو الكامل و هو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فانه يعدم الرضا و يوجب الالجاء و يفسد الاختيار و غير الملجيء قاصر و هو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه و لا على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فانه يعدم الرضا و لا يوجب الالجاء و لا يفسد الاختيار و هذا النوع من الاكراه لا يؤثر إلا في تصرف يحتاج فيه إلى الرضا كالبيع و الاجارة و الاقرار ألا ترى أن الهزل يؤثر فيه لعدم الرضا حتى لا ينفذ معه فكذا مع هذا الاكراه لأنه ينعدم به الرضا و الأول يؤثر في الكل فيضاف فعله إلى المكره فيصير كأنه فعله و المكره آلة له فيما يصلح أن يكون آلة له كاتلاف النفس و المال و إن لم يصلح أن يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره فيكون كأنه فعله باختياره من غيره إكراه أحد و ذلك مثل الاقرار و الأكل لأن الانسان لا يتكلم بلسان غيره و لا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافا إلى غير المتكلم و الآكل إلا إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الاتلاف لصلاحيته آلة له فيه حتى إذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره حتى يكون الولاء له و يضاف إلى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته و كذا لو أكرهه على الطلاق يقع و يرجع عليه إن كان فيه إتلاف بأن كان قبل الدخول و لو أكره المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق و لا يلزمها المال لعدم الرضا لأن الرضا في حق المال شرط دون الطلاق. (٤)مع بقاء أهليته. قال العلام الزيلعيؒ في التبيين: اعلم أن الاكراه لا ينافي أهلية المكره و لا يوجب وضع =>

و هذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به و ذلك إنما يكون من القادر و السلطان و غيره سيان عند تحقق القدرة و الذى قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له و القدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر و زمان لا اختلاف حجة و برهان و لم تكن القدرة فى زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان و أهله ثم كما

---

المكره الخطاب لأن الخطاب بالأهلية و هى باقية و إذا كانت الأهلية باقية كان المكره مخاطباً قال تاج الشريعة مع بقاء أهليته أى للثواب و العقاب لأن فساد الإختيار لا يمنع الأهلية (و هذا) إشارة إلى ما ذكر من قوله لأن الاكراه إلى آخره (انما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به) بضم الياء على صيغة المجهول (و ذلك) أى الخوف (إنما يكون من القادر و السلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة) سيان بكسر السين أى مثلان و هو تثنية سى و الجمع أسواء (و الذى قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له) بتحريك النون يقال فلان فى عز و منعة أى هو فى عز و معه من يمنعه من عشيرته و عن ابن السكيت و قد تسكن النون و يجوز أن تكون المنعة جمع مانع يعنى له منعة يمنعون من يخالفه أو من يريده بالسوء (و القدرة لا تتحق بدون المنعة) لما أن المنعة شرط للقدرة و المشروط لا يتحقق بدون الشرط و هذا كما رأيت حقق (١) الخلاف بين أبى حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى و كذا حققه خواهر زاده فى مبسوطه و ذكر الطحاوى فى مختصره قول أبى يوسف مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال الاسبيجابى فى شرحه و قول أبى يوسف مع محمد فى ظاهر الرواية (فقد قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (هذا) أى الذى ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى و فى بعض النسخ هو (اختلاف عصر و زمان لا اختلاف حجة و برهان) لأن مناط الحكم القدرة (و لم تكن القدرة فى زمنه) أى زمن أبى حنيفة رحمه الله تعالى (إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان و أهله) لقوله عليه الصلاة و السلام لا يأتي زمان إلا و الذى بعده شر منه فإذا كان الزمان شراً يكون أهله أشرارا (ثم (٢) كما

---

=> الخطاب عنه بحال لأن المكره مبتلى و الابتلاء يتحقق بالخطاب و الدليل عليه أن أفعاله متردّدة بين فرض و حظر و إباحة و رخصة و يأثم تارة و يؤجر أخرى كسائر أفعال المكلفين فى حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس و قطع طرف الغير و الزنا و يفترض عليه أن يمتنع من ذلك و يثاب عليه إن امتنع و يباح له بالاكراه أكل الميتة و شرب الخمر و يرخص له به إجراء كلمة الكفر فى تلك الحالة و إتلاف مال الغير و إفساد الصوم و الجناية على الاحرام و هذا دليل على أنه مخاطب. (١)حقق الخلاف بين أبى حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى. و فى الخلاصة و التبيين: و الفتوى على قولهما. (٢)ثم كما يشترط الخ. و فى الدر المختار مع رد المحتار: و شرط الاكراه =>

يشترط قدرة المكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به و ذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولاً على ما دعى إليه من الفعل قال و إذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يواجر داره و أكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع و إن شاء فسخه و رجع بالمبيع لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾

---

يشترط قدرة المكره) بكسر الراء (لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره) بفتح الراء (وقوع ما يهدد به) أي بالذي يهدد (و ذلك) إشارة إلى قوله خوف المكره وقوع ما يهدد به (بأن يغلب على ظنه أنه) أي المكره بكسر الراء (يفعله) أي يفعل ما يهدد به (ليصير به) أي ليصير المكره بالفتح بما يغلب على ظنه (محمولاً) أي مضطرا (على ما دعى إليه من الفعل) الذي هدده به (قال) أي القدوري (و إذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يواجر داره و أكره على ذلك) أي على ما ذكر من البيع و الشراء و الإقرار و الإجارة (بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس (١)) أراد بالحبس الحبس المديد فإن حكم الحبس بيوم سيجيء (فباع أو اشترى) أو أقر أو آجر ثم زال الإكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع و إن شاء فسخه و رجع بالمبيع لأن من شرط صحة هذه العقود) أي البيع و الشراء و الإقرار و الإجارة (التراضي قال الله تعالى ﴿إلا أن (٢) تكون تجارة عن تراض منكم﴾) فإن قلت الآية و إن أثبت الحرمة بدون الرضا لكن مطلق قوله تعالى ﴿و أحل (٣) الله البيع﴾ يوجب جواز البيع و إن انعدم الرضا قلت البيع لغة

---

=> أربعة أمور الأول قدرة المكره (بكسر الراء) على إيقاع ما هدد به سلطانا أو لصا و الثاني خوف المكره (بفتح الراء) إيقاع ما هدد به بغلبة ظنه ليصير محمولا على ما دعى إليه من الفعل و الثالث كون الشيء المكره به متلفا نفسا حقيقية أو حكمية كتلف كل المال فانه شقيق الزوج كما في الزاهدى قهستاني أو عضوا و كذا بعض العضو كأنملة شرنبلالية أو موجبا غما يعدم الرضا مع بقاء الاختيار الصحيح و هذا أدنى مراتبه و هو يختلف باختلاف الأشخاص فان الأشراف يغمون بكلام خشن و الأرذال ربما لا يغمون إلا بالضرب المبرح ابن كمال و الرابع كون المكره (بفتح الراء) ممتنعا عما أكره عليه قبله إما لحقه كبيع ماله أو لحق شخص آخر كاتلاف مال الغير أو لحق الشرع كشرب الخمر و الزنا اه ملخصا. (١)بالحبس أي حبس نفسه قال الزيلعيّ و الاكراه بحبس الوالدين أو الأولاد لا يعد إكراها لأنه ليس بملجيء و لا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه اه لكن في الشرنبلالية عن المبسوط أنه قياس و في الاستحسان حبس الأب إكراه و ذكر الطوريّ أن المعتمد أنه لا فرق بين حبس الوالدين و الولد في وجه الاستحسان زاد القهستانيّ أو غيرهم من ذي رحم محرم و عزاه للمبسوط كذا في الشامية. (٢)إلا أن تكون الآية. النسآء: ٢٩. (٣)و أحل الله الآية البقرة:٢٧٥.

**و الإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء فتفسد بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه**

مبادلة المال بالمال بالتراضي و الأصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة و لأنه مخصوص فيخص بدون الرضى فإن قلت هذا بمنزلة الشرط و الشرط يقتضي الوجود عند الوجود و لا يقتضى العدم عند العدم كما فى قوله تعالى ﴿من فتياتكم (١) المؤمنات﴾ قلت أول الآية ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ و استثنى منه التجارة بالتراضى فيبقى غيره فى صدر الكلام توضحيه أن المستثنى لما كان بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي و هو الكره فصار كأنه قال لا تأكلوا أموالكم بينكم بتجارة باطلة كرهاً حتى تكون عن تراض فيكون الرضاء شرطاً و لكن لا ينعدم بعدمه أصل البيع فان قلت ينبغى أن يكون البيع باطلا لقوله تعالى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ قلت المراد من قوله بالباطل أى بما لم تبحه الشريعة من نحو السرقة و الخيانة و الغصب و القمار و عقود الربا و قوله عن تراض صفة لتجارة أى تجارة صادرة عن تراض و خص التجارة بالذكر لأن أسباب الرزق أكثرها يتعلق بها و التراضى رضى المتبايعين بما تعاقدا عليه فى حال البيع وقت الإيجاب و القبول و هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عند الشافعي رحمه الله تعالى تفرقهما عن مجلس العقد متراضيين (و الإكراه (٢) بهذه الأشياء) يعنى بالبيع و أخواته (يعدم الرضاء فتفسد) أى هذه العقود المذكورة لأن انتفاء الشرط يسلتزم انتفاء المشروط (بخلاف ما إذا أكره) هذا يتصل بقوله و الإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء أى بخلاف ما إذا أكره على البيع أو الشراء أو الإقرار أو الإجارة (بضرب سوط أو (٣) حبس يوم أو قيد يوم) حيث لا يكون إكراهاً (لأنه لا يبالى به) بفتح اللام أى لا يلتفت إلى مثل هذه الأشياء (بالنظر إلى العادة) فان الرجل قد يقيم فى المنزل يوماً أو يومين بالاختيار من غير أن يثقل عليه و كذا ضرب سوط لأن هذا القدر يلعب به و يؤدب به الصغير و الإنسان يجعل القيد فى رجله ثم يمشى مشبهاً بالمقيد والحبس الذى هو إكراه ما يجيء به الاغتمام البين و الضرب الذى هو إكراه ما يجد منه الألم الشديد و ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع إليه ذلك لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس (فلا يتحقق به الإكراه) أى

---

(١)من فتياتكم المؤمنات الآية. النسآء: ٢٥. (٢)و الاكراه بهذه الأشياء. أقول أراد بهذه الأشياء القتل و الضرب الشديد و الحبس المديد لا البيع و أخواته لأن البيع و أخواته من المكره عليه لا من المكره به و هذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفى على الشارح العلام العينىؒ كما ترى. (٣)أو حبس يوم أو قيد يوم. أقول فيه إشارة إلى أن الحبس المديد ما زاد على يوم. و فى الخانية: أما الضرب بسوط واحد أو حبس يوم أو قيد يوم لا يكون إكراها فى الاقرار بألف اه و ظاهره أنه يكون إقرارا فى المال القليل كذا فى الشامية.

إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضاء و كذا الإقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب و عند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم إذا باع مكرهاً و سلّم مكرها يثبت به الملك عندنا و عند زفر رحمه الله تعالى لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ألا ترى أنه لو أجاز

---

إذا كان الأمر كذلك فلا يتحقق به الإكراه (إلا إذا كان الرجل) الذى أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم (صاحب منصب) بفتح الميم و كسر الصاد و هو فى اللغة الأصل و أراد به ههنا أن يكون ذا جاه (يعلم أنه يستضر به) أى بضرب سوط واحد و نحوه كما يتضرر واحد من أوساط الناس بالضرب الشديد فحينئذ يكون ذلك إكراهاً و ذلك كالقاضى و عظيم البلد فان مطلق القيد و الحبس إكراه فى حقه حتى لو توعد به و هو رجل وجيه كان ذلك إكراهاً و به قال بعض الشافعيين و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى فى رواية و قال فى رواية الوعيد ليس باكراه و عن شريحٌ القيد و الوعيد و الضرب و الشتم إكراه باختلاف أحوال الناس حتى قال بعض المشايخ لو عرك أذن واحد من أشراف الناس فى مجلس السلطان يكون إكراها (لفوات الرضاء) فاذا فات الرضاء ثبت الإكراه لوجود العلة (و كذا الإقرار حجة) هذا (١) عطف على قوله و الاكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء فتفسد أى و الاقرار أيضاً يفسد بالاكراه بهذه الأشياء و ذلك لأن الاقرار إنما صار حجة فى غير الأكراه (لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب) أراد أن الاقرار فى نفسه دائر بين الصدق و الكذب لأنه اختيار و لكن يترجح الصدق حالة الطواعية بدلالة الحال إذ الظاهر أن الانسان لا يكذب على نفسه (و عند الاكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة) و الشر لا لاظهار ما كان عليه فلا يكون حجة بخلاف ما إذا أكره على الاقرار بالف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو إقرار كما فى البيع إلا إذا كان المكره صاحب منصب كما ذكرنا (ثم إذا باع مكرهاً و سلّم) أى المبيع حال كونه (مكرهاً يثبت به الملك عندنا) أى يثبت بالاكراه الملك الفاسد عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى (و عند زفر رحمه الله تعالى لا يثبت) أى الملك (لأنه) أى لأن بيع المكره (بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه) أى المكره بفتح الراء (لو أجاز) أى البيع

---

(١) هذا عطف الخ. كذا فى النهاية و العناية. أقول الظاهر عندى أن قوله و كذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لأن من شرط صحة هذه العقود التراضى إلى قوله فتفسد لا على قوله و الاكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فتفسد لأنه دليل مستقل فى حق فساد الاقرار بالاكراه فيكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه كذا فى الأفكار ملخصا.

جاز و الموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك و لنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله و الفساد لفقد شرطه و هو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه و أعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه جاز و يلزمه القيمة كما في سائر البياعات

(جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار (و لنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله) لأن الايجاب و القبول صدر من المالك البالغ العاقل و صادف محله و هو المال المتقوم (و الفساد) أى فساد البيع (لفقد شرطه) أى شرط البيع (و هو التراضي) قال الله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ و تأثير انتفاء الشرط فى فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة فى باب الربا (فصار) أى الاكراه (كسائر الشروط المفسدة) انما ألحقه بالشروط المفسدة لأن خلو البيع عنها شرط صحة البيع فكذا خلو البيع عن الاكراه فاعلم أن بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على اجازة المالك فلشبهه به يعود جائزاً إذا أجاز فى أىّ وقت شاء و يشبه البيع الفاسد من حيث صدوره عن المالك مع عدم شرط الجواز و هو الرضاء و لشبهه به يفيد الملك بعد القبض و إنما عملنا هكذا إذ لو أظهرنا شبه الموقوف فى عدم الملك لا يبقى لشبه الفاسد عمل فيتعطل العمل بالشبهين لا يقال لو كان بمنزلة بيع الفاسد لما عاد إلى الجواز بالإجازة كما فى البيوع الفاسدة لأن النفاذ لسقوط الفساد و إنه لم يستحكم فإن قلت ينبغى أن لا يثبت الملك بعد القبض كما فى البيع بشرط الخيار مع وجود الرضاء بالعقد قلت إنما لا يثبت الملك ثمة لإخلاء الشرط عن الفائدة و هنا ما وجد الشرط فيثبت الملك فإن قلت بيع الهازل لا يفيد الملك و إنه كالبيع الذى نحن فيه من حيث صدورهما من المالك مع عدم الرضاء فينبغى أن لا يثبت الملك قلت الهازل لا يكون مختاراً لثبوت الملك للمشترى أما هنا المكره قد أكره على بيع مثبت للملك فإقدامه على ذلك يدل على اختياره ثبوت الملك للمشترى إذ لو لم يكن مختاراً لذلك لما أتى بما أكره هو عليه (فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه) أى المشترى من المكره بالفتح (و أعتقه أو تصرف فيه) أى فى المبيع (تصرفاً لا يمكن نقضه) كالتدبير (١) و الاستيلاد (جاز) أى تصرف المشترى (و يلزمه القيمة) أى قيمة المبيع لا الثمن و كذا الحكم فى الهبة تلزمه القيمة و فى الذخيرة المالك بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته يوم سلمه إلى المشترى و الموهوب له و إن شاء ضمن المشترى و الموهوب له (كما فى سائر البياعات

(١) كالتدبير و الاستيلاد و الطلاق فلا يصح بيعه و هبته و تصدقه و نحوها مما يمكن نقضه قهستانى كذا فى الشامية.

الفاسدة و بإجازة المالك يرتفع المفسد و هو الإكراه و عدم الرضاء فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع و إن تداولته الأيدى و لم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع و قد تعلق بالبيع الثانى حق العبد و حقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد و هما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثانى قال و من جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسداً يجعله كبيع المكره

---

الفاسدة) حيث يلزم فيها القيمة بعد القبض أو التصرف اللازم (و بإجازة المالك يرتفع المفسد) هذا جواب عما يقال لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزاً بالإجازة كهو و تقرير الجواب أن باجازة المالك يرتفع المفسد (و هو الاكراه و عدم الرضاء فيجوز) بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن المفسد فيها باقٍ (إلا أنه) استثناء من قوله كما فى سائر البياعات الفاسدة ذكره للفرق بين الاكراه و البيع الفاسد أى إلا أن الشأن (لا ينقطع به) أى بسبب الاكراه (حق استرداد البائع و إن تداولته الأيدى) كلمة إن واصلة بما قبلها أى و إن تعاقبته الأيدى بيعا ما لم يتصرف المشترى فيه تصرفاً لازماً لا يمكن نقضه (و لم يرض البائع بذلك) أى و الحال أن البائع لم يرض بذلك (بخلاف سائر البياعات الفاسدة) حيث ينقطع فيها حق الاسترداد إذا تداولته الأيدى (لأن الفساد فيها) أى فى البياعات الفاسدة (لحق الشرع) لأنه أقدم على ما نهاه عنه (و قد تعلق بالبيع الثانى حق العبد) و هو المشترى الثانى (و حقه) أى حق العبد (مقدم لحاجته) و غنى صاحب الشرع (أما ههنا) أى فى مسألة الاكراه (الرد لحق العبد) و هو البائع المكره و إنه باق بعد البيع الثانى و الثالث (و هما سواء) أى البائع المكره و المشترى منه الذى باعه لآخر سيان فى الحق (فلا يبطل حق الأول) و هو البائع المكره (لحق الثانى) أى لأجل حق الثانى و هو المشترى منه الذى باعه لآخر و كذا الحكم فى الثالث و الرابع و هلم جرا و فى الذخيرة البيع حصل بتسليط البائع الأول فى البياعات الفاسدة و ههنا ما حصل بتسليط المكره و هذا فرق جيد (قال) أى المصنفؒ (و من جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره) و أراد به بيع الوفاء و صورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بما لك عليّ من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لى و قال تاج الشريعةؒ صورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بكذا على أنى لو دفعت إليك ثمنك تدفع العين إليّ أو يقول بعت منك هذا بما لك من الدين عليّ على أنى متى قضيت الدين فهو لى فقوله من موصولة تتضمن معنى الشرط و قوله جعل البيع إلى آخره صلتها و قوله بيعاً فاسداً مفعول ثان لقوله جعل البيع و قوله يجعله فى محل الرفع على أنه خبر لقوله من

حتى ينقض بيع المشترى من غيره لأن الفساد لفوات الرضاء و منهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين و منهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهازل و مشايخ سمرقند رحمهم الله تعالى جعلوه بيعاً جائزاً

و هم (١) مشايخ بخارى رحمهم الله تعالى فانهم جعلوا هذا البيع كبيع المكره (حتى ينقض بيع المشترى من غيره لأن الفساد لفوات الرضاء) كما فى بيع المكره عليه (و منهم) أى و من المشايخ كالقاضى الامام السيد أبو شجاع السمرقندى و القاضى على السغدى و القاضى الامام الحسن الما تريدى و شيخ الاسلام عطاء بن حمزة و غيرهم رحمهم الله تعالى (من جعله) أى البيع المذكور (رهناً لقصد المتعاقدين) لأنهما قصدا أن يكون المبيع محبوساً بالثمن المؤدى إلى حين رد الثمن إلى المشترى فكان رهناً معنى لأنهما و إن سميا بيعاً لكن غرضهما الرهن و العبرة للمقاصد و المعانى فلا يملكه المرتهن و لا يطلق له الانتفاع إلا باذن مالكه و هو ضامن لما أكل من ثمره و استهلكه من عينه والدين ساقط بهلاكه فى يده إذا كان وفى بالدين و لا ضمان عليه فى الزيادة إذا هلك بغير صنعه و للبائع إسترداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه و بين الرهن (و منهم) أى من المشايخ رحمهم الله تعالى (من جعله باطلا) أى بيعا باطلا (اعتباراً بالهازل) لأنهما تكلما بلفظ البيع و ليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضى صاحبه و لو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه و الهازل أيضاً راض بمباشرة السبب لكنه غير راض و لا مختار لحكمه فكان كخيار الشرط مؤبداً و انعقد العقد فاسدا غير موجب للملك (و مشايخ سمرقند رحمهم الله تعالى جعلوه بيعا جائزا) قال الامام نجم الدين النسفىؒ اتفق مشايخنا رحمهم الله تعالى فى هذا الزمان على صحته بيعاً كان عليه بعض السلف لأنهما تلفظا بلفظ البيع و العبرة للملفوظ دون المقصود كمن تزوج امرأة بقصد أن يطلقها بعد ما جامعها صح العقد يعنى لم يكن متعة كذا فى الفصول للاستروشنى و ذكر فى فتاوى قاضى خان و الامام ظهير الدين و الصحيح أن العقد الذى جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ثم ينظر إن كانا ذكرا شرط الفسخ فى البيع فسد البيع و إن لم يذكرا و تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز جاز و عندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك و إن ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز

(١)و هم مشايخ بخارى رحمهم الله تعالى منهم الامام ظهير الدين المرغينانى و الصدر الشهيد حسام الدين و الصدر السعيد تاج الاسلام يعنى احمد بن عبدالعزيز رحمهم الله تعالى كما فى التبيين و ظهير الدين اسحاق الولوالجىؒ كما فى غاية البيان.

مفيداً لبعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه قال فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع لأنه دليل (١) الإجازة كما في البيع الموقوف و كذا إذا سلّم طائعاً بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دليل الإجازة بخلاف ما إذا أكره على الهبة و لم يذكر الدفع فوهب و دفع حيث يكون باطلاً لأن مقصود المكره (٢) الاستحقاق لا مجرد اللفظ و ذلك في الهبة بالدفع و في البيع بالعقد على ما هو الأصل

البيع و يلزمه الوفاء بالميعاد لأن المواعيد قد تكون لا زمة فيجعل هذا الميعاد لازماً لحاجة الناس إليه (مفيداً لبعض الأحكام) و هو الانتفاع به دون البعض و هو البيع و الهبة من آخر واختار المصنفؒ هذا القول و أشار إليه بقوله (على ما هو المعتاد عندهم للحاجة إليه) أى لحاجة الناس إليه لأنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشترى و يفى المشترى برد المبيع إلى البائع أيضاً و لا يمتنع عن الرد فلهذا سموه بيع الوفاء لأنه وفي بما عهد من رد المبيع (قال) أى القدوريؒ (فان كان قبض) أى البائع المذكور (الثمن طوعاً) أى حال كونه طائعاً (فقد أجاز البيع لأنه) أى لأن قبض الثمن طوعا (دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف) إذا قبض المالك الثمن كان إجازة و دلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة (و كذا إذا سلّم طائعاً) أى و كذا تكون إجازة إذا سلّم المشترى المكره المبيع حال كونه طائعاً (بأن كان الاكراه على البيع) أى على نفس العقد (لا على الدفع) أى دفع المبيع إلى البائع يعنى إذا أكره على البيع دون دفع المبيع فدفع طائعاً جاز البيع (لأنه دليل الاجازة بخلاف ما إذا أكره على الهبة و لم يذكر الدفع فوهب) أى كرها (و دفع) أى العين الموهوبة إلى الموهوب له طائعا (حيث يكون باطلا) أى حيث يكون العقد فاسداً يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه و عليه ضمان قيمته (لأن مقصود المكره) بكسر الراء و في بعض النسخ مقصود الإكراه و الأول أصح و هذا إشارة إلى الفرق بين مسألتى الإكراه على البيع و الاكراه على الهبة تقريره أن مقصود المكره (الاستحقاق) أى ما يتعلق به الاستحقاق ليتضرر به المكره (لا مجرد اللفظ) يعنى لا صورة العقد (و ذلك) أى الاستحقاق (في الهبة بالدفع) تقريره أن ما يتعلق به الاستحقاق إنما يكون في الهبة بالدفع إلى الموهوب له معناه لا يكون من غير قبض (و في البيع بالعقد) أى و الاستحقاق في البيع يكون بنفس العقد من غير قبض (على ما هو الأصل) يعنى الأصل في الهبة أن يثبت الاستحقاق

(١)دليل. ن. دلالة. (٢)المكره. ن. الاكراه.

فدخل الدفع في الإكراه على (١) الهبة دون البيع قال و إن قبضه مكرهاً فليس ذلك بإجازة و عليه رده إن كان قائماً في يده لفساد العقد قال و إن هلك المبيع في يد المشترى و هو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه و البائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد و للمكره أن يضمن المكره إن شاء لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف فكأنه دفع مال البائع إلى المشترى فيضمّن أيّهما شاء كالغاصب و غاصب الغاصب فلو ضمّن المكره رجع على المشترى بالقيمة

بالدفع و القبض و الأصل في البيع أن يثبت الاستحقاق من غير قبض (فدخل الدفع) أي إذا كان الأمر كذلك فدخل الدفع (في الاكراه على الهبة) يعنى كان الاكراه على الهبة إكراهاً على الدفع نظراً إلى مقصود المكره و هو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق و إزالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد (دون البيع) حيث لا يكون الاكراه على البيع إكراهاً على الدفع فيكون الدفع عن إختيار منه فيدل على الاجازة (قال و ان قبضه مكرهاً) أى و إن قبض البائع الثمن حال كونه مكرهاً (فليس ذلك بإجازة و عليه) أى على المكره (رده) أى رد الثمن (إن كان) أي الثمن (قائماً في يده لفساد العقد) فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه أخذه باذن المشترى و القبض متى كان باذن المالك إنما يوجب الضمان إذا كان للتملك و ههنا لم يكن كذلك لأنه كان مكرهاً على قبضه و إن كان هالكاً فلا شيء عليه لأنه هلك أمانة (قال و إن هلك المبيع في يد المشترى و هو غير مكره) أى و الحال أن المشترى غير مكره (ضمن قيمته للبائع) أى ضمن المشترى قيمة المبيع للبائع لأنه قبضه للتملك (معناه) أى معنى قول القدورى المذكور (و البائع مكره لأنه) أى المبيع (مضمون عليه) أى على المشترى (بحكم عقد فاسد) لعدم الرضى و ما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (و للمكره) بفتح الراء و هو البائع (أن يضمن المكره) بكسر الراء (إن شاء لأنه آلة له) أى لأن المكره آلة للمكره (فيما يرجع إلى الاتلاف) و إن لم يصلح آلة له من حيث أنه كلام لأن التكلم بلسان الغير لا يصح (فكأنه) أى فكأن المكره بكسر الراء (دفع مال البائع إلى المشترى) أراد بالبائع المكره بفتح الراء (فيضمّن) أى المكره بالفتح (أيّهما) أى المشترى و المكره بالكسر (شاء كالغاصب و غاصب الغاصب) حيث يتخير المالك في تضمين أيّهما شاء (فلو ضمّن المكره) أى فلو ضمّن المكره بالفتح المكره بالكسر (رجع على المشترى بالقيمة) أي رجع المكره

(١) على. ن. في.

لقيامه مقام البائع و إن ضمّن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه و لا ينفذ ما كان قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقداً منها حيث يجوز ما قبله و ما بعده لأنه أسقط حقه و هو المانع فعاد الكل إلى الجواز والله أعلم

---

بالكسر على المشترى بقيمة المقبوض (لقيامه مقام البائع) أى لقيام المكره بالكسر مقام البائع بأداء الضمان لأن المضمون يصير ملكاً للضامن من وقت سبب الضمان (و ان ضمّن المشترى) يعنى و إن ضمّن المكره بالفتح أىّ مشتر كان بعد الأول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه) أى شراء هذا المشترى الضامن (لو تناسخته العقود) أى تداولته الأيدى بالبيوع (لأنه ملكه) أى لأن هذا المشترى الضامن ملك المبيع (بالضمان فظهر أنه) أى هذا المشترى الضامن (باع ملكه) أى ملك نفسه (و لا ينفذ ما كان قبله) أى و لا ينفذ شراء قبل شراء المشترى الضامن أو قبل الضمان (لأن الاستناد إلى وقت قبضه) أى استناد ملك المشترى إلى وقت قبضه فقط (بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره) بفتح الراء (عقداً منها) أى من العقود التى تناسختها الأيدى (حيث يجوز ما قبله و ما بعده لأنه أسقط حقه) جواب عما يقال ما الفرق بين تضمينه و إجازته عقداً منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده و عم الجميع و تقرير الجواب هنالك أن المالك أسقط حقه يعنى فى صورة الاجازة (و هو) أى حقه هو (المانع فعاد الكل إلى الجواز والله أعلم) نظيره اشترى داراً و لها شفيع فباع المشترى حتى تناسخت العقود و أجاز الشفيع واحداً منها فانه يجوز الكل و كذا الراهن باع حتى تناسخت العقود ثم أجاز المرتهن واحداً من العقود فانه يجوز الكل بخلاف الفضولى إذا باع و تناسخت البيوع و أجاز المالك واحدا من الأشرية حيث يجوز ما أجازه بعينه لأنه باع كل واحد منهم ملك غيره و هنا باع كل واحد ملكه فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره و اجازة المغصوب منه فانه إذا أجاز بيعاً من البيوع نفذ ما أجازه خاصة أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على إجازته به لمصادفته ملكه فتكون إجازته أحد البيوع تمليكاً للغير من المشترى بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه و أما المشترى من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه و إنما توقف نفوذه على سقوط حق المكره فى الاسترداد و فى هذا لا يفترق الحال بين إجازته البيع الأول و الآخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازته عقداً منها والله تعالى أعلم.

## فصل

و إن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر فأكره على ذلك بحبس أو بضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه و كذا على هذا الدم و لحم الخنزير لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة

---

(فصل)

لما (١) ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى و قدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته (و إن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر فأكره على ذلك بحبس أو بضرب أو قيد) أراد بالضرب الضرب الخفيف الذى لا يخاف منه تلف نفس أو تلف عضو (لم يحل له) أي الاقدام على ذلك و في المبسوط (٢) كل ضرب لا يخاف منه تلف نفس أو عضو في أكبر الرأى لا يحل لأن غالب الرأى يقام مقام الحقيقة فيما لا طريق إلى معرفته حقيقة قال و قد وقت بعض العلماء في ذلك أدنى الحدود أربعين سوطا فان هدد بأقل منها لم يسعه الاقدام على ذلك لأن ما دون الأربعين مشروع بطريق التعزير و التعزير يقام على وجه يكون زاجراً لا متلفاً و لكنا نقول نصب المقدار بالرأى لا يكون و لا نص في التقدير هنا و أحوال الناس تختلف باختلاف تحمل أبدانهم للضرب و خلافه فلا طريق سوى رجوع المكره إلى غالب رأيه فإن وقع في غالب رأيه أنه متلف نفساً أو عضواً يحل له الاقدام و إلا لا و في الذخيرة و لو هدد بضرب سوط أو سوطين فهو لا يعتبر إلا أن يقول لأضربنك على عينك أو على مذاكيرك (إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه و كذا على هذا) أي و كذا الحكم على ما ذكر (الدم و لحم الخنزير) يعني إذا أكره على شرب الدم و أكل لحم الخنزير لا يحل له الاقدام إلا إذا خاف على نفسه أو على عضو من أعضائه (لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة) فإنه تعالى

---

(١) لما ذكر الخ. كذا ذكره اكثر الشراح رحمهم الله تعالى. أقول فيه كلام و هو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كما في مسئلة الاكراه على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه و كما في مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر إلى مثل ذلك فالأشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال إنما فصل بفصل لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه و مسائل الفصل ليست كذلك لأنها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة كذا في الأفكار. (٢) المبسوط للسرخسي ص ٤٩ ج ٢٤.

لقيام المحرم فيما ورائها و لا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد و غلب على ظنه ذلك يباح له ذلك و لا يسعه أن يصبر على ما توعد به فإن صبر حتى أوقعوا به و لم يأكل فهو آثم لأنه لما أبيح كان بالامتناع معاوناً لغيره على إهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يأثم لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فكان آخذاً بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص

استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله تعالى ﴿إلا (١) ما اضطررتم﴾ و بقوله تعالى ﴿فمن (٢) اضطر في مخمصة﴾ و باجماع العلماء الضرورة كما تتحقق بالمخمصة تتحقق بالاكراه (لقيام المحرم فيما ورائها) أى فيما وراء الضرورة (و لا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو حتى لو خيف على ذلك) أى على تلف النفس أو العضو (بالضرب الشديد و غلب على ظنه ذلك) أى التلف (يباح (٣) له ذلك) أى تناول المحرمات المذكورة (و لا يسعه أن يصبر على ما توعد به فإن صبر حتى أوقعوا به) أى قتلوه أو أتلفوا عضوه (و لم يأكل فهو (٤) آثم) أى في ظاهر الرواية و كذا هذا فيمن أصابته مخمصة و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول صحيح و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و مالك رحمه الله تعالى (لأنه لما أبيح) من حيث أن حرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العضو و حفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع) عن الاقدام (معاوناً لغيره على إهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يأثم) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (لأنه رخصة) أى لأن الاقدام على ذلك رخصة (إذ الحرمة قائمة) أى إذ الحرمة بصفة أنها ميتة أو خمر قائمة فاذا امتنع عن ذلك (فيكون آخذاً بالعزيمة) فلا يأثم (قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص) هذا منع لما قاله أبو يوسف رحمه الله تعالى تقريره لا نسلم أن

(١)إلا ما اضطررتم الآية. الأنعام: ١١٩. (٢)فمن اضطر الآية. المائدة:٣. (٣)يباح له ذلك. أقول فيه إشكال فان المباح ما استوى طرفا فعله و تركه كما تقرر في علم الأصول و فيما نحن فيه إذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب الأصول كذا في الأفكار ملخصا. (٤)فهو آثم إلا إذا أراد مغايظة الكفار فلا بأس به كذا في الدر المختار. قال العلام ابن عابدين في رد المحتار: لم يعز الشارح هذا لأحد و قد راجعت كتبا كثيرة من كتب الفروع و الأصول فلم أجده ثم رأيته بعد حين في كتاب مختارات النوازل لصاحب الهداية. (٥)و قد فصل الآية. الأنعام: ١١٩.

و هو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرّم فكان إباحة لا رخصة إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة لأن في إنكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب قال و إن أكره على الكفر بالله تعالى و العياذ بالله أو بسب رسول الله ﷺ بقيد أو بحبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر و حرمته أشد أولى و أحرى قال فإذا خاف على ذلك

---

الحرمة قائمة لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطرار و قال ﴿و قد (٥) فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ (و هو) أى الاستثناء دل عليه قوله مستثنى (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) يعني الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فلا محرّم) أى إذا كان كذلك فلا محرّم حينئذ (فكان إباحة لا رخصة) أى كان إباحة ابتداء إلا أنه دخل في الحرمة ثم خرج فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثماً (إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالاباحة في هذه الحالة) هذا جواب إشكال كأنه يقول إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم إذ الانسان لا يأثم بترك المباح فأجاب بأنه يأثم إذا علم بالاباحة و لم يأكل حتى تلف لأنه يصير ساعياً في إتلاف نفسه أما إذا لم يعلم ذلك فلا يأثم (لأن في انكشاف الحرمة خفاء) لأنه أمر يختص بمعرفته الفقهاء (فيعذر) أوساط الناس (بالجهل فيه) لخفائه عليه (كالجهل بالخطاب في أول الاسلام) حيث كان عذرا (أو في دارالحرب) أى أو كالجهل بالخطاب في دارالحرب بأن أسلم في دار الحرب لا يجب عليه شيء ما لم يعلم بأوامر الشرع فان هذا الجهل عذر في حقه فان قيل إضافة الاثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع و هو فاسد فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه و الاتيان به إذا لم يترتب عليه محرم و ههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراماً لأن ما أفضى إلى الحرام حرام (قال) أى القدوريّ (و إن أكره على الكفر بالله تعالى و العياذ بالله أو بسب رسول الله ﷺ بقيد أو بحبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه لأن الاكراه بهذه الأشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر) في أول الفصل (ففي الكفر و حرمته) أى و الحال أن حرمة الكفر (أشد أولى و أحرى) بأن لا يكون اكراهاً و قوله أشد خبر لقوله و حرمته و قوله أولى خبر لقوله ففي الكفر تقديره عدم كون الاكراه في الكفر أولى (قال فاذا خاف على ذلك) يعني على

**وسعه أن يظهر ما أمروه به و يورّى فإن أظهر ذلك و قلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه حين ابتلي به و قد قال له النبى عليه الصلاة و السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئناً بالإيمان فقال عليه الصلاة و السلام فإن عادوا فعد**

---

نفسه أو على عضو من أعضائه (وسعه أن يظهر ما أمروه به) من إجراء كلمة الكفر (و يورّى) بنصب الياء أى و أن يورّى عطفاً على قوله أن يظهر و هو من التورية (١) و هو أن يظهر خلاف ما أضمر و هو الاتيان بلفظ يحتمل معنيين بأن يظهر الكفر باللسان مع اضمار الايمان فى قلبه (فان أظهر ذلك) أى التلفظ بالكفر (و قلبه مطمئن بالايمان) أى و الحال أن قلبه مطمئن بالايمان (فلا إثم عليه) أى فلا إثم عليه حينئذ (لحديث عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه حين ابتلى به و قد قال له النبى عليه الصلاة و السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئناً بالايمان فقال عليه الصلاة و السلام) أى فقال النبى ﷺ (فان عادوا فعد) هذا الحديث أخرجه (٢) الحاكمؒ فى المستدرك فى تفسير سورة النحل من حديث عبيد الله بن عمرو الرقى عن عبدالكريم بن مالك الجزرى عن أبى عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه قال أخذ المشركون عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه فلم يتركوه حتى سبّ النبى ﷺ و ذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى رسول الله ﷺ قال له ما ورائك قال شر يا رسول الله ﷺ ما تركت حتى نلت منك و ذكرت آلهتهم بخير قال فكيف تجد قلبك قال مطمئناً بالايمان قال فان عادوا فعد و قال حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه و أخرجه البيهقىؒ فى المعرفة و أبو نعيمؒ فى الحلية فى ترجمة عمار رضى الله تعالى عنه و رواه عبدالرزاقؒ فى مصنفه أخبرنا معمر عن عبدالكريم الجزرى به و عن عبدالرزاقؒ رواه اسحاق بن راهويةؒ فى مسنده فى مسند عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه قوله فان عادوا فعد قال بعض الشراح أى ان عادوا إلى الاكراه فعد إلى طمأنينة القلب لا إلى اجراء كلمة الكفر إذ لا يجوز منه عليه الصلاة و السلام الأمر باجراء كلمة الكفر و قال صاحب العنايةؒ معناه عد إلى طمأنينة القلب لا إلى الاجراء و الطمأنينة جميعاً لأن أدنى درجات الأمر الإباحة فيكون إجراء كلمة الكفر مباحاً و ليس كذلك لأن الكفر مما لا تنكشف حرمته و قال تاج الشريعةؒ و بعض العلماء يحملون قوله فإن عادوا فعد

---

(١)التورية الخ. و فى الشامية: التورية أن يظهر خلاف ما أضمر فى قلبه اتقانى. قال فى العناية فجاز أن يراد بها هنا إطمئنان القلب و أن يراد الاتيان بلفظ يحتمل معنيين اه و فيه أنه قد يكره على السجود للصنم أو الصليب و لا لفظ فالظاهر أنها إضمار خلاف ما أظهر من قول أو فعل لأنها بمعنى الاخفاء فهى من عمل القلب تأمل. (٢)أخرجه الحاكمؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص١٥٨ ج٤.

**و فيه نزل قوله تعالى ﴿إلا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان﴾ الآية و لأن بهذا الإظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق و في الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه قال فإن صبر حتى قتل و لم يظهر الكفر كان مأجوراً لأن خبيباً رضي الله تعالى عنه صبر على ذلك حتى صلب**

---

على ظاهره يعني إن عادوا إلى الإكراه فعد إلى ما كان منك من النيل مني و ذكر آلهتهم بخير و هذا غلط فإنه لا يظن برسول الله ﷺ أنه يأمر أحداً بالتكلم بكلمة الشرك و لكن مراده إن عادوا إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان و هذا لأن التكلم إن كان مرخصاً به فالامتناع منه أفضل و قال الأترازي يعني إن عاد الكفار إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان يعني فاثبت على الطمأنينة و هو أمر بالثبات على ما كان لا أمر بما ليس بكائن من الطمأنينة كما في قوله تعالى ﴿اهدنا الصراط المستقيم﴾ معناه إن عادوا إلى الاكراه ثانياً فعد أنت إلى مثل ما أتيت به أولاً من إجراء كلمة الكفر على اللسان و طمأنينة القلب بالايمان انتهى قلت هذا أصوب من الكل لأن مقتضى التركيب هذا على ما لا يخفى و لا نسلم أنه أمر من الرسول عليه الصلاة و السلام بالتكلم بكلمة الشرك بل هذا تشريع للمبتلي بالاكراه كيف يفعل لأنه عليه الصلاة و السلام مبين مشرع فافهم (و فيه) أي و في عمار بن ياسر رضي الله تعالى عنه (نزل قوله تعالى ﴿إلا (١) من أكره و قلبه مطمئن بالايمان﴾ الآية) ذكر أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في عمار بن ياسر رضي الله تعالى عنه و قصته أنه خرج مهاجراً إلى رسول الله ﷺ مع جماعة فأخذهم كفار قريش و قالوا انكم تريدون محمداً و عذبوهم و أكرهوهم على الكفر فصبر بعضهم حتى قتل و تكلم عمار رضي الله تعالى عنه بما أكرهوه عليه و قلبه مطمئن بالايمان فخلوا عنه فلما قدم على رسول الله ﷺ أخبر بذلك فنزلت الآية (و لأن بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق) هذا دليل معقول و تقريره أن الايمان هو الاقرار باللسان و التصديق بالجنان و التصديق هو الركن الأصلي و هو قائم حقيقة و الاقرار ركن زائد و هو قائم تقديراً لأن التكرار ليس بشرط فلا يفوت الايمان بذلك حقيقة (و في الامتناع) عن إتيان ما تهدد به (فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً و فوت حق الله توهماً (فيسعه الميل إليه) أي إلى إظهار ما توعد به إحياء لحقه (قال فإن صبر حتى قتل و لم يظهر الكفر كان مأجوراً لأن خبيباً رضي الله تعالى عنه صبر على ذلك حتى صلب

---

(١) إلا من أكره الآية. النحل: ١٠٦.

و سماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء و قال في مثله هو رفيقي في الجنة

و سماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء و قال في مثله هو رفيقي في الجنة) هذا الحديث بهذا الوجه لم يثبت و قتل خبيب رضي الله عنه في صحيح البخاري في مواضع و ليس فيه أنه صلب و لا أنه أكره و لا أن النبي عليه الصلاة و السلام سماه سيد الشهداء و لا قال فيه و هو رفيقي في الجنة أخرجه (١) البخاري عن عمرو بن أبي سفيان الثقفي عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال بعث النبي ﷺ سرية عيناً و أمّر عليهم عاصم بن ثابت و هو جد عاصم بن عمر بن الخطاب فانطلقوا حتى إذا كانوا بين عسفان و مكة ذكروا لحي من هذيل يقال لهم بنو لحيان فتبعوهم بقريب من مائة رام فاقتصوا آثارهم حتى أتوا منزلاً نزلوه فوجدوا فيه نوى تمر تزودوه من المدينة فقالوا هذا تمر يثرب فتبعوا آثارهم حتى لحقوهم فلما إنتهى عاصم و أصحابه لجؤا إلى فدفد و جآء القوم فأحاطوا بهم فقالوا لكم العهد و الميثاق إن نزلتم إلينا أن لا نقتل منكم رجلا فقال عاصم أما أنا فلا أنزل في ذمة كافر اللهم أخبر عنا رسولك فقاتلوهم فرموهم حتى قتلوا عاصما في سبعة نفر بالنبل و بقي خبيب و زيد و رجل آخر فأعطوهم العهد و الميثاق فلما أعطوهم العهد و الميثاق نزلوا إليهم فلما استمكنوا منهم حلّوا أوتار قسيهم فربطوهم بها فقال الرجل الثالث الذي معهما هذا أول الغدر فأبى أن يصحبهم فجرروه و عالجوه على أن يصحبهم فلم يفعل فقتلوه و انطلقوا بخبيب و زيد حتى باعوهما بمكة فاشترى خبيباً بنو الحارث بن عامر بن نوفل و كان خبيب هو قتل الحارث يوم بدر فمكث عندهم أسيراً حتى إذا أجمعوا قتله استعار موسى من بعض بنات الحارث ليستحد بها فأعارته قالت فغفلت عن صبي لي فدرج إليه حتى أتاه فوضعه على فخذه فلما رأيته فزعت فزعة عرف ذلك مني و في يده الموسى فقال أتخشين أن أقتله ما كنت لأفعل ذلك ان شاء الله و كانت تقول ما رأيت أسيراً قط خيراً من خبيب رضي الله تعالى عنه لقد رأيته يوماً يأكل من قطف عنب و ما بمكة يومئذ ثمرة و انه لموثق في الحديد و ما كان إلا رزقاً رزقه الله فخرجوا به من الحرم ليقتلوه فقال دعوني أصلي ركعتين ثم انصرف إليهم فقال لولا أن تروا أن ما بي جزع من الموت لزدت فكان أول من سن الركعتين عند القتل هو ثم قال: اللهم احصهم عدداً ثم قال:

(١) أخرجه البخاري في المغازي باب غزوة الرجيع ص ٥٨٥ ج ٢ و فيه بعد باب فضل من شهد بدرا ص ٥٦٨ ج ٢ و في الجهاد باب هل يستأسر الرجل الخ ص ٤٢٧ ج ١ و ابو داود في الجهاد باب في الرجل يستأسر ص ٤ ج ٢ و النسائي في سننه الكبرى في السير باب توجيه العيون و التولية عليهم ص ٢٦١ ج ٥.

و لست أبالي حين أقتل مسلماً على أيّ شق كان لله مصرعي
و ذلك في ذات الإله و إن يشأ يبارك على أوصال شلو ممزع

ثم قام إليه عقبة بن الحارث فقتله و بعث قريش إلى عاصم ليؤتوا بشيء من جسده يعرفونه و كان عاصم قتل عظيماً من عظمائهم يوم بدر فبعث الله عليهم مثل الظلة من الدبر فحمته من رسلهم فلم يقدروا منه على شيء انتهى قال عبدالحقّ و قصة خبيب كانت في غزوة الرجيع و الرجيع على ثمانية أميال من عسفان و عسفان على مرحلة من خليص في الجنوب و من عسفان إلى بطن مر ثلاثة و ثلاثون ميلاً و من بطن مر إلى مكة مسيرة يوم و خليص بضم الخاء المعجمة و عسفان بضم العين المهملة و بطن مر بفتح الميم و تشديد الراء و غزوة أحد كانت في النصف من شوال سنة ثلاث من الهجرة قوله إلى فدفد بفائين مفتوحتين و دالين مهملتين و هي الأرض المستوية و قيل الأرض المرتفعة و قال ابن دريد الفدفد هي الأرض الغليظة المرتفعة ذات الحصى فلا تزال الشمس تبرق فيها قوله من قطف عنب أي عنقود عنب و هو بكسر القاف و سكون الطاء و في آخره فاء و قال الليث القطف إسم للثمار المقطوفة يقال قطفت العنب أقطفه قطفاً جنيته قوله شلو بكسر الشين المعجمة و سكون اللام و هو العضو من أعضاء اللحم و أشلاء الإنسان أعضاؤه قوله ممزع من التمزيع و هو التفريق و مادته ميم و زاي معجمة و عين مهملة و قول صاحب الهدايةؒ لأن خبيباً صبر على ذلك حتى صلب فخبيب بضم الخاء المعجمة و فتح الباء و سكون الياء آخر الحروف و في آخره باء موحدة أخرى و قد ذكرنا أن صلبه لم يثبت في الصحيح و لكن محمد بن اسحاقؒ ذكره في كتاب السيرة و قال ابتاع خبيباً حجير بن ابان التيمي لقتله بأبيه ثم أخرجوه إلى التنعيم و صلبوه على خشبة و قتلوه قوله و سماه أي خبيباً رسول الله ﷺ سيد الشهداء هذا لم يثبت و المعروف من قوله عليه الصلاة و السلام سيد الشهداء أنه في حمزة رضي الله تعالى عنه رواه الحاكمؒ في الفضائل من حديث عبدالله ين محمد بن عقيل قال سمعت جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه يقول قال رسول الله ﷺ سيد الشهداء عند الله يوم القيامة حمزة رضي الله تعالى عنه و أخرجه الطبراني بسنده عن علي رضي الله تعالى عنه قال إن أفضل الخلق يوم يجمعهم الله الرسل و أفضل الناس بعد الرسل الشهداء و أفضل الشهداء حمزة بن عبد المطلب رضي الله تعالى عنه و قد تكلم به رسول الله ﷺ فقال سيد الشهداء حمزة بن عبدالمطلب رضي الله تعالى عنه و حديث آخر نحو ذلك ورد في بلال رضي الله تعالى عنه رواه البزارؒ في مسنده من حديث زيد بن أرقم رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال نعم المرء بلال رضي الله تعالى عنه و هو

**و لأن الحرمة باقية و الإمتناع لإعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء**

سيد الشهداء الحديث قوله و قال في مثله أى فيه أى في خبيب و كلمة مثل زائدة و قيل لفظة مثل عبارة عن الذات أى قال في ذاته أى ذات خبيب و قال تاج الشريعة أى في مثل خبيب في الصبر على أذى المشركين و صلبهم و عدم إجراء كلمة الكفر فمن كان كذلك يكون باذلاً نفسه لإعزاز الدين فيكون مثل خبيب رضى الله تعالى عنه قلت المفهوم من كلامه أن قوله عليه الصلاة و السلام هو رفيقي في الجنة في حق غير خبيب و لكن يدخل فيه خبيب لمشاركته غيره في الصبر على الأذى وغيره و المفهوم مما ذكرنا أولاً أن قوله عليه الصلاة و السلام هذا في حق خبيب رضى الله تعالى عنه و الأحرى ما قاله تاج الشريعة لأن قوله عليه الصلاة و السلام هذا لم يثبت في حق خبيب و إن كان هو من رفقاء النبي عليه الصلاة و السلام في الجنة (و لأن الحرمة) أى حرمة إجراء كلمة الكفر (باقية) لتناهي قبح الكفر فكان بالصبر على الاكراه مجتنباً محرم الشرع ممتثلاً نهيه (و الامتناع لأعزاز الدين عزيمة) أى الامتناع عن إظهار ما توعد به لأجل إعزاز الدين عزيمة أى أخذ بالعزيمة و لا شك أن الأخذ بالعزيمة أفضل من الأخذ بالرخصة و لا سيما في مثل هذا الموضع (بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة و شرب الخمر فإن الحرمة هناك لم تكن باقية (للاستثناء) أراد به قوله تعالى ﴿إلا ما اضطررتم﴾ و الاستثناء من التحريم إباحة و اعترض (١) بأن إجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله إلا من أكره و قلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد إيمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة و شرب الخمر و أجيب بأن في الآية تقديماً و تأخيراً و تقديره من كفر بالله من بعد إيمانه و شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله و لهم عذاب عظيم إلا من أكره و قلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه و إنما وضع عنهم العذاب و الغضب و ليس من ضرورة نفي الغضب و هو حكم الحرمة عدم الحرمة لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر و المريض فان السبب موجود و الحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب و هي الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر هذا ما قالوه و فيه (٢) نظر لأن المراد بالعلة إن كان

(١) و اعترض الخ. و في الكفاية: فان قيل كما استثنى حالة الضرورة في الميتة استثنى حالة الاكراه هنا قلنا ثمة استثنى من الحرمة فكان إباحة لا رخصة و هنا من الغضب فينتفي الغضب في المستثنى و لا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة و ذكر في الكشاف من كفر بالله شرط مبتدأ و جوابه محذوف لأن جواب من شرح دال عليه كأنه قيل من كفر بالله فعليهم غضب إلا من أكره فليس عليه غضب و لكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله. (٢) وفيه شنظر الخ كذا في العناية. أقول هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقى =>

**قال و إن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك**

هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذى هو معلوله و إن كان المراد بها السبب الشرعى كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخيره كما فى المثال المذكور من قوله تعالى ﴿و من (١) كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ و لا دليل فيما نحن فيه على ذلك و عن هذا ذهب أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى إلى أن الأمر فى قوله عليه الصلاة و السلام فإن عادوا فعد للاباحة و قولهم لأن الكفر مما لا تنكشف حرمته صحيح و لكن الكلام فى إجراء كلمة الكفر مكرهاً لا فى الكفر (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و إن أكره على إتلاف مال (٢) مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه (٣) أن يفعل ذلك) أى

=> الترديد و لا يلزم محذور أصلا إذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه فى علم الأصول و هو ما كان خارجا عن الشىء مؤثرا فيه قوله فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذى هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول إنما هو فى بعض أقسامها و هو ما كان علة اسما و معنى و حكما دون بعضها الآخر و هو ما كان علة اسما فقط أو اسما و معنى كما تقرر ذلك كله فى علم الأصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثانى فلا يمتنع التخلف و يجوز أن يراد بها السبب الشرعى كما هو الظاهر من التمثيل و هو ما كان خارجا عن الشىء و لم يكن مؤثرا فيه بل كان موصولا إليه فى الجملة و قوله فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخيره ممنوع بل السبب الشرعى مطلقا من حيث أنه سبب يجوز تخلف الحكم عنه إذ لا بد أن يتوسط بينه و بين الحكم علة فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب و هذا أيضا مع كونه مقررا فى علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعى فان الايصال فى الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم و المثال المذكور فى الجواب ليس فى معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعى بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعى يدل على جواز تاخير الحكم هناك لا يقتضى قيام دليل شرعى على جواز ذلك فى كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفى حكمه و هو الغضب فان خبيبا رضى الله تعالى عنه لما أكره على إظهار كلمة الكفر فصبر و لم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله ﷺ حيث سماه سيد الشهداء و قال هو رفيقى فى الجنة و لو لم تبق الحرمة أبدا فى إظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل و لما استحق المدح فى ذلك لأن فى الامتناع عن المباح فى تلك الحالة إعانة الغير على إهلاك نفسه و هى حرام فيلزم أن يأثم بذلك كما فى حالة المخمصة كما مر كذا فى الأفكار. (١)و من كان مريضا الآية. البقرة:١٨٥. (٢)مال مسلم أو ذمى اختيار كذا فى الدر المختار. (٣)وسعه الخ. و فى الشامية: و يؤجر لو صبر لأخذه بالعزيمة لأن أخذ مال الغير من المظالم و حرمة الظلم لا تنكشف و لا تباح بحال كالكفر اتقانى و فيه إشارة إلى أن ترك الاتلاف أفضل و لذا قالوا إن تناول مال الغير أشد حرمة من شرب الخمر كما فى القهستانى عن الكرمانى و قدمنا عن الخانية أن الفعل و الترك سواء و فى الخانية اضطر حال المخمصة و أراد أخذ مال الغير فمنعه صاحبه و لم يأخذ حتى مات يأثم اه و نقل الاتقانى أنهم فرقوا بينها و بين الاكراه و أن الفقيه أبا اسحاق الحافظ كان يقول لا فرق بين المسئلتين بتأويل ما فى المخمصة على ما إذا كان صاحبه <=

لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة و قد تحققت و لصاحب المال أن يضمّن المكره لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له و الإتلاف من هذا القبيل و إن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه و يصبر حتى يقتل فإن قتله كان آثماً لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة مّا

---

إتلاف مال المسلم (لأن مال الغير يستباح) أي يعامل به معاملة المباح لا أنه يجعل مباحا (للضرورة) أي لأجل الضرورة (كما في حالة المخمصة) أي كما يستباح مال الغير في حالة المخمصة (و قد تحققت) أي الضرورة (و لصاحب المال أن يضمّن المكره) بكسر الراء (لأن المكره) بفتح الراء (آلة للمكره) بكسر الراء (فيما يصلح آلة له) قد مر أن في كل موضع يصلح كون المكره آلة للمكره يكون الضمان على المكره و احترز بقوله فيما يصلح عن الاكل و التكلم و الوطء فإنه فيها لا يصلح آلة له إذ الاكل بفم الغير و التكلم بلسان الغير لا يتصور (و الاتلاف من هذا القبيل) أي من قبيل أن يصلح آلة له إذ المكره يمكنه أن يأخذ المكره و يلقيه على مال الغير فيتلفه (و إن (١) أكره بقتل على قتل غيره) بأن قال لغيره إن لم تقتل فلاناً لأقتلنك (لم يسعه أن يقدم عليه) أي على قتل غيره (و يصبر حتى يقتل) قوله و يصبر بالرفع على أنه خبر مبتدأ محذوف أي و هو يصبر على ذلك و لا يجوز نصبه عطفاً على أن يقدم عليه لفساد المعنى فافهم (فإن قتله كان آثماً لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة مّا) إذ دليل الرخصة خوف التلف و المكره و المكره عليه

---

=> يعطيه بالقيمة فلم يأخذ حتى مات يأثم و كذا في الاكراه لو كان رب المال يعطيه بالقيمة يأثم. (١) و إن أكره الخ. و في الدر المختار: لا يرخص قتل المسلم أو سبّه أو قطع عضوه و ما لا يستباح بحال اختيار اهـ. و في رد المحتار على الدر المختار: (قوله أو سبّه) مخالف لما في القهستاني عن المضمرات من أنه بالملجىء يرخص شتم المسلم و أنه لو أكره على الافتراء على مسلم يرجى أن يسعه كما في الظهيرية اهـ. و قال في التاترخانية ألا ترى أنه لو أكره بمتلف أن يفترى على الله تعالى كان في سعة فهنا أولى إلا أنه علق الاباحة بالرجاء و في الافتراء على الله لم يعلق لأنها هناك ثابتة بالنص و هنا ثبت دلالة قال محمدؒ عقيب هذه المسألة ألا ترى أنه لو أكره بوعيد تلف على شتم محمد ﷺ كان في سعة إن شاء الله تعالى و طريقه ما قلنا و لو صبر حتى قتل كان ماجورا و كان أفضل اهـ (قوله أو قطع عضوه) أي و لو أذن له المقطوع غير مكره فان قطع فهو آثم و لا ضمان على القاطع و لا على المكره و لو أكره على القتل فاذن له فقتله أثم والدية في مال الآمر تاترخانية لكن في الخانية قال له السلطان إقطع يد فلان و إلا لأقتلنك وسعه أن يقطع و على الآمر القصاص عندهما و لا رواية عن أبي يوسفؒ اهـ ثم رأيت الطوريؒ وفق بأنه إن أكره على القطع بأغلظ منه وسعه و إن بقطع أو بدونه فلا تأمل و أتى بضمير الغيبة العائد إلى غيره لما في الهندية أكره بالقتل على قطع يد نفسه وسعه ذلك و على المكره القود و لو على قتل نفسه فقتل فلا شيء على المكره اهـ و في المجمع أكره على قطع يده أي يد الغير ففعل ثم قطع رجله طوعا فمات يوجب أبو يوسفؒ الدية في ماليهما و أوجبا القصاص عليهما.

**فكذا بهذه الضرورة و القصاص على المكره إن كان القتل عمداً قال و هذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى**

في ذلك سواء فسقط حق المكره في حق تناول دم المكره عليه للتعارض بخلاف ما إذا صبر على اتلاف مال الغير فإن دليل الرخصة قائمة و حرمة النفس فوق حرمة المال (فكذا بهذه الضرورة) أي فكذا لا يستباح بهذه الضرورة و هي الإكراه على قتل النفس فنقول الاكراه يبيح ما تبيحه الضرورة و ما لا تبيحه الضرورة لا يبيحه الاكراه ثم قتل المسلم لا يباح لضرورة مّا فكذا لا يباح بالاكراه (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و القصاص على المكره) بكسر الراء أي الآمر (إن كان القتل عمداً قال العبد الضعيف) أي قال المصنفُ (و هذا) أي الحكم المذكور و هو وجوب القصاص على المكره بكسر الراء (عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و قال السغناقي رحمه الله تعالى سواء كان الآمر عاقلاً بالغاً أو معتوهاً أو غلاماً غير بالغ فالقود على الآمر و عزاه إلى المبسوط ثم أورد سؤالاً فقال فان قيل لو كان المكره الآمر بمنزلة الآلة للمباشرة في القتل و المكره المأمور آلة له لوجب أن لا يجب القصاص على الآمر فيما إذا كان صبياً أو معتوهاً لأن انتقال فعل المكره إليه لا يكون أقوى من مباشرته بنفسه و فيما باشر الصبي القتل العمد لا يجب القصاص عليه و قد ذكر في المبسوط أن القصاص يجب على الصبي إذا أمر غيره بالقتل العمد بالاكراه كما ذكرت فما وجهه قلنا لما انتقل فعل المأمور إلى الآمر انتقل مع وصفه من العقل و البلوغ فصار ذلك بمنزلة جناية الآمر بيد المأمور في أحكام القتل فلهذا لم يعتبر عقل الآمر و بلوغه بخلاف ما لو باشر بنفسه لأنه لا واسطة هناك أحد يوصف بالعقل و البلوغ لينتقل قوله إليه بذلك الوصف فكان ذلك قتلاً خاصاً من الصبي لا غير و لا اعتبار لعمد الصبي من القتل في إيجاب القصاص و قال الشيخ العلامة علاء الدين عبدالعزيز رحمه الله تعالى ما نقله السغناقيُّ عن المبسوط سهو فانه ذكر في هذا الباب إذا عرفنا هذا فنقول سواء كان المكره عاقلاً بالغاً أو معتوهاً أو غلاماً غير بالغ فالقود على المكره لأن المكره صار كالآلة له و العقل و البلوغ غير معتبر في حق الآلة و إنما المعتبر تحقق الالجاء فعلم أن قوله سواء كان المكره بالغاً أو معتوهاً بفتح الراء لا بكسرها و الدليل الذي ذكره ينادي عليه فتوهمه بكسر الراء و ذلك غير سديد يؤيده ما قال أبو اليسرّ في مبسوطه و لو كان المكره الآمر صبياً أو مجنوناً لا يجب (١) القصاص على أحد لأن القاتل في الحقية هذا الصبي أو المجنون و هو ليس بأهل

(١) لا يجب القصاص الخ. أقول و لم يذكر الشراح حكم الدية في هذه الصورة و في الخانية تجب على عاقلة المكره أي بالكسر في ثلاث سنين كذا في الشامية.

و قال زفر رحمه الله تعالى يجب على المكره و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يجب عليهما و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجب عليهما لزفر رحمه الله تعالى أن الفعل من المكره حقيقة و حساً و قرر الشرع حكمه عليه و هو الاثم بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه و هو الاثم فأضيف إلى غيره و بهذا يتمسك الشافعي رحمه الله تعالى في جانب المكره و يوجبه على المكره أيضاً لوجود التسبيب إلى القتل منه و للتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود

لوجوب العقوبة عليه و ذكر الحلواني في مبسوطه و لو كان المأمور مختلط العقل أو صبياً يجب القصاص على المكره الآمر لأن فعل القاتل ينتقل إليه فيكون الصبي و البالغ في حقه سواء فعلم بهذا أن إيجاب القصاص على الصبي الآمر سهو و ما ذكره من الفرق بين المباشر و الآمر غير مسلم لأن المنتقل الفعل و وصفه من العمد و الخطأ لا وصف القاتل من العقل و البلوغ ألا ترى أن المأمور لو كان صبياً أو معتوهاً لا ينتقل وصف الصبا و العته إليه حتى لا يجب القصاص على المكره احتيالاً للدرء في القصاص (و قال زفر رحمه الله تعالى يجب على المكره) بفتح الراء أراد به يجب القصاص على المكره المأمور و هو رواية عنه و في رواية أخرى عنه كقول الشافعي رحمه الله تعالى (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يجب عليهما) أي لا يجب القصاص على المكره و المكره جميعاً (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجب عليهما) أي على المكره و المكره جميعاً و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لزفر رحمه الله أن الفعل من المكره) أي أن الفعل و هو القتل حاصل من المكره بفتح الراء (حقيقة) أي من حيث الحقيقة لصدوره منه بغير واسطة (و حساً) أي و من حيث الحس فانه معاين مشاهد (و قرر الشرع حكمه عليه) أي حكم القاتل على القاتل (و هو الاثم) أي حكم القتل هو الاثم بالاجماع فايجاب القصاص على غيره غير معقول و غير مشروع (بخلاف الاكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه) أي حكم الاتلاف عن المكره بالفتح (و هو الاثم) أي الحكم هو الاثم فلم يكن مقررا عليه شرعاً (فاضيف إلى غيره) أي فاضيف الاتلاف إلى غير المكره بالفتح (و بهذا) أي بما ذكره زفر رحمه الله تعالى من الدليل (يتمسك الشافعي رحمه الله تعالى في جانب المكره) بفتح الراء يعني في وجوب القصاص (و يوجبه) أي يوجب الشافعي رحمه الله تعالى القصاص (على المكره أيضاً) بكسر الراء (لوجود التسبيب إلى القتل منه) أي من المكره الآمر حيث أحدث فيه معنى كان حاملاً له على القتل (و للتسبيب في هذا) أي في القتل (حكم (١) المباشرة عنده) أي عند الشافعي رحمه الله تعالى (كما في شهود

(١) حكم المباشرة فان السبب التام ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب القصاص عنده كذا في التبيين.

القصاص و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن القتل بقي مقصوراً على المكره من وجه نظراً إلى التأثيم و أضيف إلى المكره من وجه نظراً إلى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب و لهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثاراً لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له و هو القتل بأن يلقيه عليه و لا يصلح آلة له في الجناية على دينه

---

القصاص) يعني إذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حياً فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب لأنهما قتلاه حكماً قيل في عبارة المصنف تسامح لأن دليل زفر رحمه الله تعالى يدل على عدم جواز إضافة القتل إلى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلاً للشافعي رحمه الله تعالى و هو يضيفه إلى غيره أيضاً أجيب بأن دليله يدل على عدم جواز إضافته إلى غير المكره مباشرة و الشافعي رحمه الله تعالى الله عنه يضيفه إلى الغير تسبيباً فلا تنافي (و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن القتل بقي مقصوراً على المكره) بفتح الراء (من وجه نظراً إلى التأثيم) أي تأثيم الشارع إياه فانه يدل على تقرير الحكم و قصره عليه (و أضيف) أي القتل (إلى المكره) بكسر الراء (من وجه نظراً إلى الحمل) بفتح الحاء أي حمل المكره عليه تقريره أن كونه محمولاً على الفعل يدل على أنه كالآلة و الفعل ينتقل عنه و كل ما كان كذلك كان شبهة (فدخلت الشبهة في كل جانب) و القصاص يندفع بها (و لهما) أي لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن المكره بالفتح (محمول على القتل) أي ملجأ إليه بواسطة التهديد بالقتل (بطبعه) يعني يصير المكره القاتل في ذلك قاتلاً بطبعه أي باقتضاء طبعه ذلك كالسيف يقطع بطبعه فان طبعه يقتضي القطع و ذلك (إيثاراً لحياته) أي لأجل إيثار حياته على حياة غيره لأن الانسان جبل على حب حياة نفسه فحينئذ يفسد اختياره (فيصير (١) آلة للمكره) بكسر الراء (فيما يصلح) أي المكره بفتح الراء (آلة له و هو القتل بأن يلقيه عليه) فلا يكون على المكره قصاص و لا دية و لا كفارة لأن الفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة (و لا يصلح آلة له) هذا جواب عما يقال لو كان آلة لأضيف الاثم إلى المكره بكسر الراء كالقتل فأجاب عنه بقوله و لا يصلح أي المكره بفتح الراء آلة له أي للمكره بكسر الراء (في الجناية على دينه) أي دين المكره بفتح الراء لأن القتل

---

(١) فيصير آلة للمكره و ذلك لأن الآلة هي التي تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله و كالنار فان طبعها الاحراق و كالمآء فان طبعه الاغراق و إذا كان كذلك ففي الجرى على موجب الطبع مشابهة بالآلة و لو استعمل القاتل آلته التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آلة له كذا في الكفاية.

فبقى الفعل مقصورا عليه فى حق الاثم كما تقول فى الإكراه على الاعتاق و فى إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره فى الاتلاف دون الزكاة حتى يحرم كذا هذا قال و إن أكره على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى

---

من حيث أنه يوجب المأثم جناية على دين القاتل لأنه إنما أكرهه ليجنى على دينه فلو أضيف إليه لصار جناية على دين المكره و فيه بطلان الإكراه (فبقى الفعل) من حيث كونه جناية على دينه (مقصوراً عليه) أى على المكره بالفتح (فى حق الاثم كما تقول فى الإكراه على الإعتاق) يعنى الاعتاق مقصور على المكره من حيث التلفظ به و حصول العتق فى المحل حتى كان الولاء له لأنه لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار و من حيث إتلاف المالية يضاف إلى المكره حتى يكون ضامنا للمالية (و فى إكراه المجوسى) أى و كما تقول فى إكراه المجوسى أى إكراه المسلم المجوسى فالمصدر مضاف إلى مفعوله و طوى ذكر الفاعل (على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره) بكسر الراء (فى الاتلاف) فيضمن قيمة الشاة (دون الذكاة حتى يحرم) فلا يحل تناوله لأن حل الذبح يتعلق بأمور الدين (كذا هذا) أى كذا حكم القتل فان قلت لو كان المأمور محمولاً على القتل بطبعه لإيثار حياته ينبغي أن يسقط القصاص عمن أصابته مخمصة فقتل إنساناً و أكل من لحمه حتى بقى حياً فما الفرق قلت هو ملجأ هناك من جهة الغير فصار آلة له و أما المضطر فغير ملجأ إلى القتل من جهة غيره حتى يصير آلة و لهذا يجب عليه الضمان فى المال فعلم أن الحكم مقصور عليه فإن قلت ينبغي أن لا يصلح المكره آلة له فى الاعتاق من حيث الاتلاف لأن الاتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ و هو لا يصلح آلة له فى حق التلفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه قلت نفس الاعتاق إتلاف إذ هو إزالة الملك و ليس فى قدرة العبد إلا ذلك و هو يصلح آلة فى إزالة الملك أما إثبات القوة فخالص حق الله تعالى لا يقال يشكل بما إذا أكره محرم على قتل صيد حتى قتله و أدى الضمان لا يرجع على المكره و إن صلح آلة له فى الاتلاف لأنا نقول الضمان فى قتل الصيد إنما يجب بالجناية على إحرامه و هو لا يصلح آلة له فى ذلك (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و إن أكره على طلاق إمرأته) أى إن أكره الرجل على أن يطلق أمرأته و فى بعض النسخ و إن أكرهه الرجل على طلاق إمرأته (أو عتق عبده) أى أو أكره الرجل على أن يعتق عبده (ففعل) أى طلق إمرأته أو أعتق عبده (وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى)

**و قد مر فى الطلاق قال و يرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فانضاف إليه فله**

و يقول (١) الشافعي رحمه الله تعالى قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى ثم (٢) الاكراه لا يعمل فى أشياء منها الطلاق و العتاق و النكاح و الرجعة و التدبير و العفو عن القصاص و اليمين و النذر و الظهار و الإيلاء و الفيء فى الايلاء و الاسلام لأنه إنشاء تصرف (و قد مر فى الطلاق) أى فى فصل (٣) طلاق المكره و السكران و فى فتاوى (٤) قاضى خان رحمه الله تعالى و لو أكره بوعيد القتل على الطلاق أو العتاق فلم يفعل حتى قتل لا يأثم لأنه لو صبر على القتل و لم يتلف مال نفسه يكون شهيدا فلأن لا يأثم إذا امتنع عن إبطال ملك النكاح على المرأة كان أولى (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و يرجع) أى المكره بفتح الراء (على الذى أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف إليه) أى انضاف الاتلاف إلى المكره الآمر (فله) أى فللمكره

(١)و بقول الشافعي رحمه الله تعالى الخ. قال العلام العينىؒ فى العمدة باب الطلاق فى الاغلاق و الكره الخ (ص ٢٥٠ ج ٢٠): و فى مصنف ابن أبى شيبة أن الشعبىؒ كان يرى طلاق المكره جائزا و كذا قاله ابراهيم و أبو قلابة و ابن المسيب و شريح رحمهم الله تعالى و قال ابن حزمؒ و صح أيضا عن الزهرى و قتادة و سعيد بن جبير رحمهم الله تعالى و به أخذ ابو حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى و روى الفرج بن فضالةؒ عن عمرو بن شراحيل أن إمرأة أكرهت زوجها على طلاقها فطلقها فرفع ذلك إلى عمر رضى الله تعالى عنه فأمضى طلاقها و عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما نحوه و كذا عن عمر بن عبدالعزيزؒ و أما من لم يره شيئا فعلى بن أبى طالب و ابن عمر و ابن الزبير و عبدالله بن عباس و عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنهم و عمر بن عبدالعزيز و عطاء و الحسن بن أبى الحسن و الضحاك رحمهم الله تعالى قال ابن حزمؒ و صح أيضا عن طاوس و جابر بن زيد رحمهما الله تعالى قال و هو قول مالك و الاوزاعى و الحسن بن حيى و الشافعى و أبى سليمان و أصحابهم رحمهم الله تعالى. (٢)ثم الاكراه الخ. قال العلامة ابن عابدينؒ فى الشامية: نظم فى النهر ما يصح مع الاكراه فقال:

طلاق و إيلاء ظهار و رجعة ... نكاح مع إستيلاد عفو عن العمد
رضاع و أيمان و فيء و نذره ... قبول لايداع كذا الصلح عن عمد
طلاق على جعل يمين به أتت ... كذا العتق و الاسلام تدبير للعبد
و إيجاب احسان و عتق فهذه ... تصح مع الاكراه عشرين فى العد

أقول و التحقيق أنها خمسة عشر للتداخل و لأن قبول الايداع ليس منها كما فى النهر و المذكور منها فى عامة الكتب عشرة نظمها ابن الهمام بقوله:

يصح مع الاكراه عتق و رجعة ... نكاح و إيلاء طلاق مفارق
و فيء ظهار و اليمين و نذره ... و عفو لقتل شاب منه مفارق

و زدت عليه الخمسة الباقية بقولى:

رضاع و تدبير قبول لصلحه ... كذلك إيلاد و الاسلام فارق

(٣)فصل طلاق المكره و السكران. البناية ص ٣٤٣ ج ٦. (٤)فتاوى قاضيخان ص ٤٢١ ج ٤.

**أن يضمّنه موسراً كان أو معسراً و لا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير و لم يوجد واحد منهما و لا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه**

---

المأمور (أن يضمّنه) أى المكره الآمر (موسراً كان) أى المكره الآمر (أو معسراً) لأن وجوب الضمان باعتبار مباشرة الاتلاف فيكون ضمان عدوان فلا يختلف باليسار و الاعسار فإن قلت ينبغى أن لا يجب الضمان على المكره لأنه أتلفه بعوض و هو الولاء و الإتلاف بعوض كلا إتلاف قلت (١) هذا إنما يكون إذا كان العوض مالاً أو فى حكم المال و الولاء ليس بمال و لا أشبه بالمال لأنه بمنزلة النسب و هو ليس بمال (و لا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية) كما هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن المستسعى كالمكاتب و قد خرج فلا يمكن تخريجه ثانياً و الذى يحتاج إلى التخريج إلى الحرية كالعبد المشترك إذا أعتقه أحد الشريكين يحتاج إلى تخريجه إلى الحرية إما بالاستسعاء أو بالتضمين أو باعتاق الشريك الآخر كما عرف (أو لتعلق حق الغير) أى أو السعاية إنما تجب لتعلق حق الغير بالعبد كما هو مذهبهما كاعتاق المريض عبده و هو معسر و إعتاق الراهن العبد المرهون و عليه دين و لم يخرج من الثلث فإنه يجب السعاية على العبد فيهما لتعلق حق الغير به و فى الذخيرة مسألة الاعتاق و الطلاق على ثلاثة أو جه الأول أن يقول المكره خطر ببالى الاخبار بالحرية فيما مضى كاذباً و قد أردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة و لا يضمن المكره شيئاً لأنه عدل عما أكره عليه و عتق العبد بإقراره طائعاً و الثانى أن يقول خطر ببالى الاخبار كاذباً و تركت ذلك و أردت عتقاً مستقبلاً كما طلب منى ففى هذا عتق العبد قضاء و ديانة و يضمن المكره قيمة العبد و الثالث أن يقول لم يخطر ببالى شيء و قد أتيت بما طلب منى فالجواب فيه كالجواب فى الوجه الثانى و الجواب فى الاكراه على الطلاق و قد سمى لها مهراً قبل الدخول كالجواب فى الاكراه على إعتاق العبد فى الوقوع و رجوع الزوج على المكره إلا أن فى الطلاق الرجوع بنصف المهر و فى الاعتاق بقيمة العبد (و لم يوجد واحد منهما) أى من التخريج إلى الحرية و تعلق حق الغير (و لا يرجع المكره) بكسر الراء (على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه) يعنى أن المكره إنما يضمن من حيث أنه

---

(١) قلت هذا الخ. أقول هذا الجواب يشكل بما لو أكره على شراء ذى رحم محرم منه فعتق عليه فان المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه فى البدائع و لا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة فظاهر و أما حكما فلأنه لم يقل به أحد كما قالوا فى منافع البضع عند الدخول فتأمل كذا فى الأفكار.

**قال و يرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول و إن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها و إنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق**

---

جعل متلفاً للعبد حكماً فكأنه قتله و المقتول لا يضمن شيئا (قال) أى القدوري (و يرجع) أى المكره المامور (بنصف مهر المرأة إن كان) أى الطلاق بالاكراه (قبل الدخول) بها و الخلوة الصحيحة فإن قلت المماثلة شرط في ضمان العدوان و المكره لم يصنع غير تأكيد نصف المهر و الايجاب أعلى من التأكيد قلت المماثلة في المضمون لا في الفعل و المضمون نصف المهر بالاتفاق فتتحقق المماثلة (و إن لم يكن في العقد مسمي يرجع على المكره) بكسر الراء (بما لزمه من المتعة لأن ما عليه) أى على الزوج (كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها) بتمكين ابن الزوج منها بغير إكراه أو بالارتداد و العياذ بالله تعالى (و إنما يتأكد) أى ما كان عليه إنما يتأكد (باطلاق فكان) أى الاكراه (إتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره) بكسر الراء (من حيث أنه إتلاف) فإذا أضيف إليه يرجع المكره عليه لأن للتأكيد شبها بالايجاب فكان المكره بمنزلة الآلة فيرجع عليه (بخلاف ما إذا دخل بها) حيث لا يضمن المكره الآمر شيئاً و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و عند الشافعي رحمه الله تعالى يضمن مهر المثل (لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق) فبقي مجرد إتلاف ملك النكاح و هو ليس بمال عند الخروج و ما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ثم المصنف لم يذكر الإكراه على النكاح قال محمد في الأصل و لو أن رجلاً أكره بوعيد قتل أو بحبس أو بقيد أو بضرب حتى تزوج إمرأة على عشرة آلاف و مهر مثلها ألف درهم كان النكاح جائزاً و يكون لها من عشرة آلاف درهم مهر مثلها ألف درهم و يبطل الفضل و ذكر الطحاوي في مختصره أن الزوج يلزمه جميع ذلك فيرجع بالفضل على من أكرهه و هو ليس بظاهر الرواية و لو أن المرأة هي التي أكرهت حتى يتزوجها الرجل على ألف درهم و مهر مثلها عشرة آلاف درهم فزوجها أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز و لا ضمان على المكره ثم هل للمرأة و الأولياء حق الاعتراض على هذا النكاح فالمسألة على وجهين إما أن يكون الزوج دخل بها أو لم يدخل بها و كل وجه على وجهين إما إن ترضى المرأة بما سمى لها من الصداق أو لم ترض و كل وجه على وجهين إما أن يكون الزوج كفوءاً لها أو غير كفوء فإن كان كفوءاً لها و قد رضيت بالمسمى

و لو أكره على التوكيل بالطلاق و العتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً

كان للأولياء حق الإعتراض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لا أصلا و لو زوجت نفسها فى الإبتداء من كفوء بأقل من مهر المثل كانت المسألة على الإختلاف و إن كان الزوج غير كفوء لها فللأولياء الإعتراض على هذا النكاح عندهم جميعاً هذا إذا رضيت بالمسمى و لم يدخل بها الزوج فان لم ترض بالمسمى ينظر فان كان الزوج كفوءا لها فلها حق الإعتراض على هذا النكاح بسبب نقصان المهر عندهم جميعاً فاذا رفعت الأمر إلى القاضى يخير زوجها فيقول له أتم لها مهرها و إلا فرقت بينكما فان أتم نفذ النكاح و إن أبى يفرق بينهما و لا يكون لها مهر لأن الفرقة جاءت من قبلها لما لم ترض بالزيادة و الفرقة الواقعة من قبلها تسقط الصداق كله قبل الدخول كما فى ارتدادها و إن لم يكن الزوج كفوءا لها فلها و للأولياء حق الإعتراض على هذا النكاح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الكفاءة و نقصان المهر و عندهما لها حق الإعتراض لذلك و للأولياء لعدم الكفاءة لا غير هذا كله فيما إذا لم يدخل بها فان دخل بها و هى مكرهة فان كان الزوج كفوءا لها فلا اعتراض على هذا النكاح لأحد و إن لم يكن كفوءا لها فللأولياء و المرأة حق الإعتراض بسبب عدم الكفاءة و أما إذا دخل بها و هى طائعة فقد رضيت بالمهر المسمى دلالة فكان كما لو رضيت بالمسمى نصا و لو رضيت نصا فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى للأوليا حق الاعتراض و إن كان الزوج غير كفوء فللأولياء حق الاعتراض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الكفاءة و نقصان المهر و عندهما لعدم الكفاءة لا غير هذا خلاصة ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى (و لو أكره (١) على التوكيل بالطلاق و العتاق ففعل الوكيل) أى طلق أو أعتق (جاز استحساناً) أى يقع الطلاق و العتاق بفعل الوكيل من حيث الاستحسان و فى القياس لا يقع و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى لأن القياس أن لا تصح الوكالة مع الاكراه لأن الأصل أن كل

(١)و لو أكره الخ. مقتضاه أنه لو أكره على التوكيل بالنكاح يصح و ينعقد و لكن لم أره منقولا كذا فى حاشية أبى السعود على الاشباه عن حاشية الشيخ الصالح و يخالفه ما فى حاشية المنح للرملى حيث قال أقول لم يتعرض كغيره للنكاح و لم أر من صرح به و الظاهر أن سكوتهم عنه لظهور أنه لا استحسان فيه بل هو على القياس اه. أقول علة الاستحسان تشمل جميع أنواع الوكالة فانهم قالوا القياس أن لا تصح الوكالة لأنها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع و أمثاله و وجه الاستحسان أن الاكراه لا يمنع انعقاد البيع و لكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه و الشروط الفاسدة لا تؤثر فى الوكالة لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل اه ثم رأيت الرملى نفسه ذكر فى حاشيته على البحر فى باب الطلاق الصريح أن الظاهر أنه كالطلاق و العتاق لتصريحهم بأن الثلاث تصح مع الاكراه ثم ذكر ما قدمناه ثم قال فانظر إلى علة الاستحسان فى الطلاق تجدها فى النكاح فيكون حكمهما واحدا تأمل كذا فى الشامية. أقول هذا المحل محتاج إلى زيادة تحرير كذا فى الحاشية على الشامية.

لأن الإكراه مؤثر فى فساد العقد و الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة و يرجع على المكره استحساناً لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل و النذر لا يعمل فيه الاكراه لأنه لا يحتمل الفسخ و لا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له فى الدنيا فلا يطالب به فيها و كذا اليمين

---

عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه و ما لا فلا لأنهما ينفيان الرضى و الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه (لأن الكراه) إشارة إلى بيان وجه الاستحسان تقديره أن الاكراه (مؤثر فى فساد العقد) فكان كالشرط الفاسد (و الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) فالاكراه لا يؤثر فى فساد الوكالة أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضى فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطاً فاسداً فإنه يفسد العقد و لا يمنع الانعقاد و أما أن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلأنها من الاسقاطات إذ الموكل يسقط حقه بالتفويض إليه فاذا لم تبطل الوكالة ينفذ تصرف الوكيل (و يرجع على المكره) بكسر الراء بما غرم من نصف الصداق و قيمة العبد (استحساناً) و القياس أن لا يرجع عليه لأن الاكراه وقع على الوكالة و زوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل و قد لا يفعل فلا يضاف التلف إليه كما فى الشاهدين شهدا أن فلاناً وكّل فلاناً بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان هو قوله (لأن مقصود المكره) بالكسر (زوال ملكه إذا باشر الوكيل) فكان الزوال مقصوده فيضمن و لا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه (و النذر لا يعمل فيه الاكراه) يشير بهذا إلى بيان ما يعمل فيه الاكراه و ما لا يعمل فيه و ضابط ذلك أن كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لأن الاكراه يفوّت الرضا و فوات الرضا يؤثر فى عدم اللزوم و عدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان أكرهه بوعيد تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله أو صوماً أو حجاً أو مثل ذلك ففعل لزمه كله خلافاً للثلاثة رحمهم الله تعالى (لأنه) أى النذر (لا يحتمل الفسخ) لأنه يمين لقوله عليه الصلاة و السلام النذر يمين و اليمين لا يحتمل الفسخ فلا يؤثر فيه الاكراه و روى محمدؒ فى أوائل الاكراه عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديدى الطلاق و العتاق و النكاح و النذر أراد بقوله مبهمات وقوعها و صحتها مطلقة بلا قيد الرضى و الطواعية و الجد إذا صدرت عن المكلف (و لا رجوع على المكره) بالكسر (بما لزمه لأنه لا مطالب له فى الدنيا فلا يطالب) أى المكره بالكسر (به فيها) أى بما لزمه فى الدنيا (و كذا اليمين) أى و كذا إذا أكره على

و الظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ و كذا الرجعة و الايلاء و الفيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل و الخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام

---

يمين فحلف انعقدت (و الظهار) أى و كذا إذا أكره على أن يظاهر امرأته فظاهر صح (لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ) و الظهار من أسباب التحريم كالطلاق فيستوى فيه الجد و الهزل و الاكراه و الطوع خلافا للثلاثة رحمهم الله تعالى (و كذا الرجعة) أى لا يعمل فيها الاكراه لأنه استدامة للنكاح فكانت ملحقة به (و الايلاء) أى و كذا الايلاء لا يعمل فيه الاكراه لأنه يمين في المآل (و الفيء فيه) أى فى الايلاء (باللسان) بأن أكرهه على فيء إليها باللسان ففعل صح لأنه كالرجعة فى الاستدامة (لأنها) أى الرجعة و الايلاء و الفيء و فى بعض النسخ لأنه أى لأن كل واحد من المذكورات (تصح مع الهزل) و ما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فإن أكره على إعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل أجزأه عنها و لم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمره بالخروج عما لزمه و ذلك منه حسبة لا إتلاف بغير حق و إن عين عبداً لذلك ففعل عتق و لم يجزء عن الكفارة و يرجع على المكره بقيمته لأنه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقاً عليه و إذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأنها ليست بمضمونة على أحد و إن ترك التى آلى منها أربعة أشهر حتى بانت و لم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر و لا يرجع به على المكره لأنه كان متمكناً من القربان فى المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق و إن قربها و كفر لم يرجع على المكره بشيء لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه (و الخلع من جانبه) أى من جانب الزوج (طلاق) هذا ظاهر و الاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بغير جعل فكذا بالجعل (أو يمين) لوجود الشرط و الجزاء و اليمين لا يعمل فيه الاكراه (لا يعمل فيه) أى فى الخلع (الاكراه) لما ذكرنا (فلو كان هو) أى الزوج (مكرها على الخلع دونها) أى دون المرأة (لزمها البدل لرضاها بالالتزام) أى بالتزام البدل طائعة بازاء ما سلم لها من البينونة و لا شيء على المكره للزوج لأنه أتلف عليه ما ليس بمال و هو النكاح فلا يضمن به فان قيل إن خالعها و هى غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أو لا قلنا لا يخلو إما أن ساق الزوج إليها المهر كله أو لا فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح و أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلأنه و إن أوجب البراءة لكنها براءة مكره و البراءة

قال و إن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا أن يكرهه السلطان و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يلزمه الحد و قد ذكرناه في الحدود قال و إذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد

مع الاكراه لا تصح و إن لم يسق رجع عندهما خلافاً له لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة (قال) أي القدوري (و إن (١) أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آلته و ذلك لا يكون إلا بلذة و ذلك دليل الطواعية و به قال زفر رحمه الله تعالى (إلا أن يكرهه السلطان) يعني لا يجب الحد حينئذ لأن الحد للزجر و لا حاجة إليه مع الاكراه لأن الانزجار كان حاصلا إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في الاسقاط و أما انتشار الآلة فقد يكون طبعاً بالفحولة التي ركبها الله عزوجل في الرجال ألا ترى أن النائم تنتشر آلته بلا اختيار له في ذلك و لا قصد (و قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يلزمه الحد) في الصورتين جميعاً (و قد ذكرناه في الحدود) و دليلهما ما ذكره أبو حنيفة رحمه الله تعالى في إكراه السلطان على الزنا و أما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم و قيل من قبيل اختلاف الحكم ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لأن الحد و المهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد و في كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فاذا سقط الحد وجب المهر إظهاراً لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها و أما الثاني فلأن الاذن له ليس يحل الوطء فكان إذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعاً (قال) أي القدوري (و إذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد) يعني الردة تكون بتبدل الاعتقاد

(١) و إن أكرهه الخ. و في الدر المختار مع رد المحتار: و لو أكره بملجىء على الزنا لا يرخص له لأن فيه قتل النفس بضياعها لأن ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه فلا يستباح بضرورة ما كالقتل درر لكنه لا يحد استحسانا بل يغرم المهر و لو طائعة لأن المهر و الحد لا يسقطان جميعا في دارالاسلام شرح وهبانية و لا يرجع على المكره شيء لأن منفعة الوطء حصلت للزاني كما لو أكره على أكل طعام نفسه جائعا تاترخانية و في جانب المرأة يرخص لها الزنا بالاكراه المجلىء لأن نسب الولد لا ينقطع عن الأم فلم يكن في معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل لا بغيره لكنه يسقط الحد في زناها بغير الملجىء لأنه لما كان الملجىء رخصة لها كان غيره شبهة لها لا زناه لأنه لما لم يكن الملجىء رخصة له لم يكن غير الملجىء شبهة له و إذا لم يرخص له يأثم في الاقدام عليه و أما المرأة هل تأثم ذكر شيخ الاسلام إن أكرهت على أن تمكن من نفسها فمكنت تأثم و إن لم تمكن و زنى بها فلا و هذا لو بملجىء و إلا فعليه الحد بلا خلاف لا عليها و لكنها تأثم هندية.

ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لا يكفر و فى اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فإن قالت المرأة قد بنت منك و قال هو قد أظهرت ذلك و قلبى مطمئن بالايمان فالقول قوله استحساناً لأن اللفظ غير موضوع للفرقة و هى بتبدل الاعتقاد و مع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لأنه لما احتمل

---

(ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لا يكفر و فى اعتقاده الكفر شك) لأن الايمان ثابت باليقين و الردة تعتمد محض الاعتقاد و قد وقع الشك فى اعتقاده الكفر بالارتداد كرهاً (فلا تثبت البينونة بالشك) لأنها تترتب على وجود الردة من غير شك و المترتب على ما شك فيه لا يثبت و يجوز أن يكون قوله لأن الردة تتعلق بالاعتقاد دليلاً مستقلاً و قوله و فى اعتقاده الكفر شك دليلاً آخر وجه الأول أن الردة بتبدل الاعتقاد و تبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل و هو الاكراه و وجه الثانى أن الردة باعتقاد الكفر و فى اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان و قيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك (فان قالت المرأة قد بنت منك) أى فان اختلف الزوجان فقالت المرأة اعتقدت بقلبك الكفر حيث أجريت على لسانك كلمة الكفر بالاكراه و بنت منك (و قال هو) أى الزوج (قد أظهرت ذلك) أى الكفر بلسانى خوفاً من القتل (و قلبى مطمئن بالايمان) أى و الحال أن قلبى مطمئن بالايمان و لم يتبدل اعتقادى (فالقول قوله استحساناً) قيد به لأن فى القياس القول قولها حتى يفرق بينهما لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق فيستوى فيه الطائع و المكره و أشار إلى وجه الاستحسان بقوله (لأن اللفظ) يعنى كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعنى لم يظهر فيها ظهوراً بيناً من حيث الحقيقة حتى يكون صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق (و هى) أى الفرقة (بتبدل الاعتقاد و مع الاكراه لا يدل) أى هذا اللفظ (على التبدل) أى تبدل الاعتقاد فلا تقع الفرقة (فكان القول قوله) يعنى فاذا كان كذلك يكون القول قول الزوج (بخلاف الاكراه على الاسلام) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال كيف قلتم إن الاعتقاد مع الاكراه لا يدل على التبدل و قد حصل تبدل الاعتقاد مع الاكراه فى صورة الاكراه على الاسلام لأنه لم يعتبر كافراً كما كان بل اعتبر مسلماً لتبدل اعتقاده من الكفر إلى الاسلام و تقرير الجواب أن حكم الارتداد بالاكراه يخالف حكم الاسلام بالاكراه (حيث يصير به) أى بالاكراه (مسلماً لأنه) أى لأن الشأن (لما احتمل) أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (و احتمل) أن لا يكون لفظه يوافق إعتقاده

واحتمل رجّحنا الاسلام فى الحالين لأنه يعلو و لا يعلى و هذا بيان الحكم أما فيما بينه و بين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم و لو أكره على الاسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة و هى دارئة للقتل و لو قال الذى أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض و لم أكن فعلت بانت منه حكماً لا ديانة لأنه أقر أنه طائع باتيان ما لم يكره عليه و حكم هذا الطائع ما ذكرناه

(رجحنا الاسلام فى الحالين) أى فى حال الاكراه على الردة و حال الاكراه على الاسلام و تحقيقه أنه وجدت حقيقة الاسلام مع الاكراه فيكون مسلماً لأن الاسلام إنما يتحقق بالتصديق بالقلب و الاقرار باللسان و قد سمعنا إقراره بلسانه و باللسان يعبر عما فى القلب فيحكم باسلامه يؤيده قوله عز و جل ﴿و له (١) أسلم من فى السموات و الارض طوعاً و كرهاً﴾ بخلاف الردة فانها تحصل بتبدل الإعتقاد و الإكراه دليل ظاهر على عدمه (لأنه) أى الإسلام (يعلو) على غيره (و لا يعلى) أى و لا يعلو غيره عليه (و هذا) أى ما ذكرنا من الحكم بإسلامه مع الإكراه (بيان الحكم) فى الدنيا (أما فيما بينه و بين الله تعالى إذا لم يعتقده) أى لم يعتقد الاسلام (فليس بمسلم) هذا كأنه إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدىّ و هو المنقول عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الايمان هو التصديق و الاقرار باللسان شرط إجراء الأحكام و ليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركناً (و لو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشهبة) أى شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (و هى) أى الشبهة (دارئة للقتل) و هذا استحسان و فى القياس يقتل لأنه بدل دينه و قال عليه الصلاة و السلام من بدل دينه فاقتلوه و هذا نظير القياس و الاستحسان فى المولود بين المسلمين إذا بلغ مرتداً يجبر على الاسلام و لا يقتل استحساناً للشبهة المتمكنة فيه بسبب اختلاف العلماء (و لو قال الذى أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض) هذا معطوف على قوله و قال هو قد أظهرت ذلك يعنى لو قال فى جواب قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماض يعنى خطر ببالى كفرت بالله أن أخبر عن أمر ماض كذباً (و لم أكن فعلت) ذلك فيما مضى (بانت منه حكماً لا ديانة) يعنى تقع البيونة بينهما قضاء لا ديانة يعنى لا تبين منه فيما بينه و بين الله تعالى (لأنه أقر أنه طائع باتيان ما لم يكره عليه) هذا دليل وقوع البينونة حكما و ذلك لأنه أكره على الانشاء دون الاقرار (و حكم هذا الطائع ما ذكرناه) و هو وقوع البينونة بينهما حكماً

(١)و له أسلم الآية: ال عمران:٨٣.

و لو قال أردت ما طلب مني و قد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة و قضاء لأنه أقر أنه مبتدىء بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره و على هذا إذا أكره على الصلاة للصليب و سب محمد النبي عليه الصلاة و السلام ففعل و قال نويت به الصلاة لله تعالى و محمداً آخر غير النبي عليه الصلاة و السلام بانت منه قضاء لا ديانة و لو صلى للصليب و سب محمداً النبي عليه الصلاة و السلام و قد خطر بباله الصلاة لله تعالى و سب غير النبي عليه الصلاة و السلام بانت منه ديانة و قضاء لما مر

---

لا ديانة لأن من أقر بالكفر طائعاً ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لأنه خلاف الظاهر إذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لأنه ادعى ما يحتمله لفظه (و لو قال أردت ما طلب مني) يعني قال خطر ببالي الاخبار عن الكفر بالماضي و الكذب و لكن لم أرد ذلك بل أردت ما طلب مني يعني من الكفر يعني أردت كفراً مستقبلا جواباً لكلامهم (و قد خطر ببالي) أي و الحال أنه قد خطر ببالي (الخبر عما مضى بانت ديانة و قضاء) يعني فيما بينه و بين الله تعالى و في قضاء القاضي لأن إنشاء الكفر بمنزلة إجراء كلمة الكفر طائعاً فيحكم بكفره قضاء و ديانة فبانت امرأته قضاء و ديانة (لأنه أقر أنه مبتدىء بالكفر) يعني منشىء إياه (هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً) و هو أن ينوي الخبر عن الكفر في الزمان الماضي كاذباً من غير إظهار ذلك (غيره) أي غير ابتداء الكفر و انشائه و ههنا وجه ثالث و هو أن يقول لم يخطر ببالي شيء و لكن كفرت بالله كفراً مستقبلاً و قلبي مطمئن بالايمان لم تبن منه امرأته استحساناً ذكره في المبسوط و الذخيرة (و على هذا) أي على التفصيل المذكور (إذا أكره على الصلاة للصليب) أي السجدة له (و سب محمد النبي ﷺ) أي إذا أكره على سب محمد النبي ﷺ (ففعل) أي سجد للصليب أو سب محمدا ﷺ (و قال نويت به الصلاة لله تعالى و محمداً آخر) أي و نويت به محمداً آخر (غير النبي عليه الصلاة و السلام بانت منه قضاء) أي بانت امرأته منه من حيث الحكم لأنه لما قال نويت به الصلاة لله فقد أقر أن ما وجد منه لم يكن مكرهاً فيه و الاكراه واقع عليه فصار بمنزلة ما إذا صلى بين يدي الصليب بدون الاكراه من أحد و قال عنيت به الصلاة لله يصدق ديانة لا قضاء كذا ههنا (لا ديانة) أي لا تبين إمرأته منه فيما بينه و بين الله تعالى (و لو صلى للصليب و سب محمداً النبي ﷺ و قد خطر بباله) أي و الحال أنه قد خطر بباله (الصلاة لله و سب غير النبي عليه الصلاة و السلام بانت منه ديانة و قضاء لما مر) أشار به إلى قوله لأنه مبتدىء بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره و تحقيق الكلام

..................................

أنه لما قال خطر ببالي أن أصلي لله و تركته ذلك و صليت للصليب فانه يكفر قضاء و ديانة لأنه صلى للصليب طائعاً لأنه لما خطر بباله أن يصلي لله تعالى فقد أمكنه دفع الإكراه بذلك لأن المكره لا يعرف أنه يصلي لله دون الصليب لأن الآمر لا إطلاع له على ما في ضميره فاذا أمكنه دفع الاكراه بهذا القدر كان طائعاً في الصلاة للصليب و من صلى للصليب طائعاً فقد كفر قضاء و ديانة و كذلك الكلام في قوله خطر ببالي أن أسب فلاناً إسمه محمد غير النبي عليه الصلاة و السلام و تركت ذلك فانه يكفر أيضاً قضاء و ديانة لأن شتم النبي عليه الصلاة و السلام في غير موضع الضرورة كفر و اعلم أن كل واحد من هذين الحكمين يتصور على ثلاثة أوجه كما في مسألة الاكراه على إجراء كلمة الكفر ففي وجه يكفر قضاء لا ديانة و في وجه يكفر قضاء و ديانة و هما المذكوران في المتن و في وجه لا يكفر لا قضاء و لا ديانة و هو أن يخطر بباله أن يصلي لله و قد صلى لله لا للصليب و قد صرح بذلك في الكافي للحاكمِ و شرحه فقال إن رجلاً لو قال له أهل الحرب و قد أخذوه أسيراً لتكفرن بالله أو لتقلن فكفر بالله في وجه لا يصير كافراً لا في القضاء و لا فيما بينه و بين الله تعالى و في وجه يكفر في القضاء حتى يفرق القاضي بينه و بين إمرأته إن كانت له إمرأة و لا يكفر فيما بينه و بين الله عز و جل حتى وسعه إمساك إمرأته فيما بينه و بين الله تعالى و في وجه يكفر في القضاء و فيما بينه و بين ربه أما الوجه الأول فهو ما أكره على الكفر بوعيد تلف فتكلم و لم يخطر بباله شيء عما أكره عليه و قلبه مطمئن بالايمان ففيه لا يكفر أصلا لا قضاء و لا ديانة لقوله تعالى ﴿إلا من (١) أكره و قلبه مطمئن بالايمان﴾ و أما الوجه الثاني و هو أنه يكفر قضاء لا ديانة فيما إذا خطر بباله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب فان لم يكن كافرا فيما مضى قط فقال أردت الخبر بالكفر عما مضى بالكذب و لم أرد به كفراً مستقبلا و إنما كفر قضاء لأنه عدل عما أكره عليه لأنه أكره على إنشاء الكفر لا على الاخبار عن الماضي و الاخبار عن الانشاء فكان طائعاً في الاخبار و من أقر بالكفر فيما مضى طائعاً ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لأنه خلاف الظاهر لأن الظاهر هو الصدق حالة الطواعية و لكن يصدق ديانة لأنه ادعى ما يحتمله لفظه و أما الوجه الثالث و هو أنه يكفر قضاء و ديانة فيما إذا قال خطر ببالي الاخبار عن الكفر الماضي بالكذب و لم أرد ذلك بل أردت كفراً مستقبلا جواباً لكلامهم و ذلك لأنه إنشاء كفر طائعاً و من أنشأ كفراً طائعاً يكفر قضاء و ديانة و إنما قلنا إنه طائع لأنه لما خطر بباله الاخبار بالكفر الماضي كاذباً أمكنه التخلص عما أكره عليه بالأدنى لأن الإخبار دون الانشاء ألا ترى أنه

(١) إلا من أكره الآية: النحل: ١٠٦.

و قد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله أعلم

لو أكره على الاقرار بالعتق فأقر لا يعتق العبد و لو أكره على العتق فأعتق يعتق و لو قيل له لنقتلنك أو لتصلين لهذا الصليب فالمسألة على ثلاثة أوجه إما أن يقول خطر ببالي أن أصلي لله و قد صليت له و لم أصل للصليب أو يقول خطر ببالي أن أصلي لله فلم أفعل ذلك و صليت للصليب أو يقول لم يخطر ببالي شيء و قد صليت للصليب مكرهاً ففي الأول لا يكفر لأنه صلى لله لا للصليب و لا فرق أن يكون مستقبل القبلة أو غير مستقبلها و به صرح الكرخيّ في مختصره و أما إذا قال خطر ببالي أن أصلي لله تعالى و تركت ذلك و صليت للصليب فإنه يكفر قضاء و ديانة لأنه صلى للصليب طائعاً لأنه لما خطر بباله أن يصلي لله تعالى فقد أمكنه دفع الاكراه لأن المكره لا يعرف أنه يصلي لله دون للصليب لأنه لا اطلاع له على ما في ضميره فإذا أمكنه دفع الاكراه بهذا القدر كان طائعاً في الصلاة للصليب و من صلى للصليب طائعاً كفر قضاء و ديانة و أما إذا قال لم يخطر ببالي شيء و قد صليت للصليب مكرهاً لا يكفر أصلا قضاء و لا ديانة لأنه فعل ذلك مكرهاً و قلبه مطمئن بالايمان و لو أكره على شتم محمد عليه الصلاة و السلام فشتمه فالمسألة على ثلاثة أوجه أيضاً إما أن يقول خطر على بالي محمد آخر رجل من النصارى فأردت بالشتم ذلك الرجل النصراني أو يقول خطر على بالي رجل من النصارى إسمه محمد فلم أشتمه و إنما شتمت محمداً عليه الصلاة و السلام و أنا غير راض بذلك أو يقول لم يخطر على بالي شيء فشتمت محمداً كما طلب مني و أنا غير راض بذلك ففي الوجه الأول لا يكفر لأنه لم يشتم محمداً عليه الصلاة و السلام و في الثاني يكفر قضاء و ديانة لأنه لما خطر بباله محمد آخر أمكنه التخلص عن الاكراه بشتم ذلك الرجل فلما شتم محمداً عليه الصلاة و السلام كان طائعاً في الشتم و من شتمه طائعاً كفر قضاء و ديانة و في الوجه الثالث لا يكفر لأنه مضطر فيما فعل فصار كما لو تكلم بكلمة الكفر و لم يخطر على باله شيء و قلبه مطمئن بالايمان (و قد قررناه) أي حكم المسائل المذكورة (زيادة على هذا) أي تقريراً زيادة أي زائدة على ما قررناه ههنا (في كفاية المنتهي) يتعلق بقوله قررناه و هو إسم للكتاب الذي ألفه المصنفّ و لم يقع في هذه الديار و يذكر عنه أنه كتاب عظيم مشتمل على مسائل كثيرة و دلائل غريبة والله (١) اعلم بالصواب.

(١)والله اعلم بالصواب. قال العلام الزيلعيّ في التبيين: ﴿فصل﴾ و حرمة طرف الانسان كحرمة نفسه حتى لو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها كما لم يرخص له قتل نفسه بخلاف اتلاف ماله و لو قطعها يأثم القاطع و يجب القصاص على المكره كما قلنا في النفس و لو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما إذا =>

# كتاب الحجر

(كتاب الحجر)

وجه المناسبة بين الكتابين أن فى كل منهما سلب الاختيار إلا أن فى الاكراه أقوى لكونه عمن له اختيار صحيح فلذلك قدم عليه و الحجر (١) لغة المنع من حجر عليه و منه سمى الحطيم حجراً لأنه منع من الكعبة و العقل حجراً لمنعه صاحبه عن القبائح قال الله تعالى ﴿هل (٢) فى ذلك قسم لذى حجر﴾ أى لذى عقل و الحرام حجرا لأنه ممنوع قال الله تعالى ﴿حجراً (٣) محجوراً﴾ أى حراماً محرماً و شرعا منع مخصوص و هو المنع (٤) من التصرف قولاً لشخص مخصوص و هو

=> أكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لأن الاطراف يسلك بها مسلك الأموال فى حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها اذا استكأكلت و لو قال له لتلقين نفسك فى النار أو من الجبل أو لاقتلنك و كان الالقاء بحيث لا ينجو منه و لكن فيه نوع خفة فله الخيار إن شاء فعل ذلك و ان شاء لم يفعل و صبر حتى يقتل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه ابتلى ببليتين فيختار ما هو الأهون فى زعمه و عندهما يصبر و لا يفعل ذلك لأن مباشرة الفعل سعى فى إهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه و أصله أن الحريق إذا وقع فى سفينة و علم أنه لو صبر فيه احترق و لو وقع فى الماء غرق فعنده يختار أيهما شاء و عندهما يصبر ثم اذا ألقى نفسه فى النار فاحترق فعلى المكره القصاص و ان أكره على أن يقطع يد رجل بحديدة فقطع يده ثم قطع رجله بغير إكراه فمات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع و المكره لأنه مات بفعلين أحدهما انتقل إلى المكره و الآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى عليهما الدية فى مالهما لأن فى قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب الآخر ما لا ضرورة و لو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لأقتلنك بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى تجب الدية على عاقلة المكره لأنه لو باشر لا يجب عليه القصاص لأنه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا أكره عليه و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى تجب الدية على المكره فى ماله و عند محمد رحمه الله تعالى يجب القصاص على المكره لأنه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده و لو قال لآخر اقتلنى فعنه تجب الدية فى ماله فى الصحيح و هو رواية الاصل لان الاباحة لا تجرى فى النفوس فكان ينبغى أن يجب القصاص كما قال زفر و انما سقط للشبهة باعتبار الاذن فتجب الدية فى مال القاتل لانه عمد و العاقلة لا تتحمله و فى رواية لا يجب عليه شىء لأن نفسه حقه فصار كاذنه باتلاف ماله و ثم لا ضمان فكذا هنا و إذا أكره ولى المرأة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت المرأة و لم يرض الولى فللولى الفراق بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن التبليغ إلى مهر المثل حق الأولياء لأنهم يتعيرون بالنقصان و قالا ليس لهم ذلك لأن المهر خالص حقها حتى تملك إسقاطه و هبته والله أعلم. (١)الحجر لغة الخ. و فى رد المحتار مع الدر المختار: الحجر لغة المنع مطلقا و لو عن الفعل أو عما هو مطلوب يقال حجر عليه حجرا من باب قتل منعه من التصرف فهو محجور عليه و الفقهاء يحذفون الصلة تخفيفا. (٢) هل فى ذلك الآية. الفجر: ٥. (٣)حجرا محجورا. الفرقان: ٢٢. (٤)و هو المنع من التصرف قولا الخ. و فى الايضاح: الحجر فى إصطلاح الفقهاء عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه و تفصيله أنه منع للرقيق عن نفاذ تصرفه =>

قال الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر و الرق و الجنون فلا يجوز تصرف الصغير إلا باذن وليه و لا تصرف العبد إلا باذن سيده و لا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال

المستحق للحجر بأيّ سبب كان (قال) أي القدوريّ (الأسباب (١) الموجبة للحجر ثلاثة الصغر و الرق و الجنون) و هذا بالاجماع و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخرى و هي المفتي الماجن و المتطبب الجاهل و المكارى المفلس (فلا يجوز تصرف الصغير) أي لا ينفذ تصرف الصغير الذي يعقل (إلا باذن وليه و لا تصرف العبد إلا باذن سيده) فاذا أذن ولي الصبي و هو والده أو وصيه نفذ تصرفه و كذلك إذا أذن المولي للعبد لأن المنع لحقه فاذا أذن فقد رضي بذلك (و لا يجوز تصرف المجنون (٢) المغلوب بحال) أي في كل الأحوال أي لا ينعقد

=> الفعلي الضار و إقراره بالمال في الحال و للصغير و المجنون عن أصل التصرف القولي إن كان ضررا محضا و عن وصف نفاذه إن كان دائرا بين الضرر و النفع اه و كتب في هامشه: الحجر على مراتب أقوى و هو المنع عن أصل التصرف و متوسط و هو المنع عن وصفه و هو النفاذ و ضعيف و هو المنع عن وصف وصفه و هو كون النفاذ حالا اه. و قد أدخل في التعريف المنع عن الفعل كما ترى و دخل فيه نحو الزنا و القتل في حق الصبي و المجنون فانه محجور عليهما بالنسبة لحكمه و هو الحد و القصاص كما في الجوهرة و يظهر لي أن هذا هو التحقيق فانه إن جعل الحجر هو المنع من ثبوت حكم التصرف فما وجه تقييده بالقولي كذا في الشامية. (١) الاسباب الموجبة للحجر الخ. قال العلام الزيلعيّ في التبيين: اعلم ان الله تعالى خلق البشر أشرف خلق و جعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الأنعام و هو العقل و به يسعد من سعد و ذلك أن الله تبارك و تعالى ركب في البشر العقل و الهوى و ركب في الملائكة العقل دون الهوى و ركب في البهائم الهوى دون العقل فمن غلب من البشر عقله على هواه كان أفضل خلقه لما يقاسي من مخالفة الهوى و مكابدة النفس و من غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم قال الله تبارك و تعالى إن هم الا كالانعام بل هم أضل فجعل بعضهم ذوى النهى و جعل منهم أعلام الدين و أئمة الهدى و مصابيح الدجى وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل و الصغر و العته الموجبين لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما و لولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بأن يستجرّ من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل و جعل من ينظر في مالهما خاصا و عاما و أوجب عليه النظر لهما و جعل الصبا و الجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه و لطفا و الرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لأنه مكلف محتاج كامل الرأى كالحرّ غير أنه و ما في يده ملك المولي فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولي و الانسان إذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجورا عليه كالحرّ لا يقال إنه محجور عليه مع أنه ممنوع عن التصرف في ملك غيره و لهذا يؤخذ العبد باقراره بعد العتق لزوال المانع و هو حق المولي و لعدم نفوذه في الحال و تأخره الى ما بعد الحرية جعله من المهجور عليهم. (٢)المجنون المغلوب الخ. قد يذكر هذا القيد أي المغلوب و يراد به الغلبة على العقل فيحترز به عن المعتوه كما وقع في الهداية حيث قال و لا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال و قد يراد به من صار مغلوبا للجنون بحيث لا يفيق أي لا يزول عنه ما به من الجنون قويا كان أو ضعيفا فيدخل فيه المعتوه و يحترز به عمن يجن و يفيق فانه يجوز تصرفه فمن احترز به عن المعتوه فقد وهم لظنه أن المراد في الكلامين واحد كذا أفاده ابن الكمال كما في الشامية.

أما الصغير فلنقصان عقله غير أن إذن الولى آية أهليته و الرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده و لا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضىَ بفوات حقه و الجنون لا يجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل فى نفسه و الصبى يرتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال و من باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى

---

أصلا قبل الاذن و بعده و أراد بالمجنون المغلوب الذى يجن و لا يفيق زمانا و هو المغلوب على عقله و احترز به عن المجنون الذى يجن و يفيق و هو المعتوه فان حكمه حكم الصبى قال الكاكىؒ و يحترز به عن المجنون الذى يعقل البيع و يقصده و اعلم أن أصل العقل يعرف بدلالة العيان و ذلك أن يختار المرء ما يصلح له و كذلك القصور يمتحن بالإمتحان فأما الإعتدال فأمر يتفاوت فيه البشر و توجه الخطاب فى الأصل يبتنى على اعتدال الحال إلا أن اعتدال الحال باطن لا يمكن الوقوف على حقيقته فاقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه و هو البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً على ما هو الأصل أنه متى تعذر الوقوف على المعانى الباطنة تقام الأسباب الظاهرة مقامها كما أقيم السفر مقام المشقة فى جواز الترخص (أما الصغير) أى الصغير العاقل أن الصغير الذى لا عقل له فهو كالمجنون المغلوب لا ينفذ تصرفه (فلنقصان عقله غير أن إذن الولى آية أهليته) أى علامة أهليته لأن أهليته مترقبة فإذا أذن له الولى دل على أهليته (و الرق لرعاية حق المولى) يعنى أن العبد له أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى (كيلا تتعطل منافع عبده) فإنه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذى باشره و شراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابه التى هى منفعة المولى و ذلك تعطيل لها عنه (و لا تملك رقبته) بالنصب عطفاً على قوله كيلا تتعطل أى و كيلا تملك رقبته (بتعلق الدين به) إذا لم يكن له كسب (غير أن المولى بالإذن رضى بفوات حقه) فاذا رضى بفوات حقه بالإذن جاز تصرفه لأهليته و إرتفاع المانع (و الجنون) الغالب (لا يجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال) من الأحوال لما ذكرنا (أما العبد فأهل فى نفسه) لكونه عاقلا بالغاً قادراً على التصرفات و لكن المنع لحق مولاه كما ذكرنا (و الصبى يرتقب أهليته) بضم الياء على بناء المفعول و رفع أهليته أى ينتظر أهليته و الشىء إذا كان له عرضية الثبوت يعطى له حكم الثبوت فاذا انضم إذن المولى إليه تقرر ذلك الثبوت و هو عبارة عن النفاذ (فلهذا) أى فلا جل أن العبد أهل فى نفسه و الصبى يرتقب أهليته (وقع الفرق) أى بين المجنون و بين الصبى و الرقيق (قال) أى القدورىؒ (و من باع من هؤلاء شيئاً) أى من الصبى و العبد و المجنون الذى يجن و يفيق و فى بعض النسخ أو اشترى أيضاً كما ذكر فى القدورى لكن

و هو يعقل البيع و يقصده فالولى بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة و إن شاء فسخه لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه و في الصبي و المجنون نظراً لهما فيتحرى مصلحتهما فيه و لا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفاً علي الإجازة و المجنون قد يعقل البيع

---

أكثر نسخ الهداية بدون أو إشترى و قال الأترازي و لم يذكر في الهداية لفظ أو إشترى و هو مثبت في المختصر و البداية أيضاً و كأن في الهداية وقع سهو من الكاتب (و هو يعقل البيع) أي و الحال أنه يعقل البيع أي يعلم (١) أن الشراء جالب للملك و البيع سالب له (و يقصده) أي يقصد البيع أي يقصد أحكامه و احترز به عن الهازل فانه و إن كان يعقل البيع و لكن لم يقصده و أراد به العبث و السخرية (فالولى) هو الأب أو الجد أو وصيهما أو غيرهما من العصبات أو القاضي (بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة و إن شاء فسخه) و عند الثلاثة لا ينعقد بيع هؤلاء و لا شراؤهم أصلا و كذا الخلاف إذا توكل بالبيع و الشراء غيرهم فباع واشترى يجوز عتدنا خلافاً لهم (لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه و في الصبي و المجنون نظراً لهما) أي و لأن التوقف في الصبي و المجنون لأجل النظر في حالهما (فيتحرى مصلحتهما فيه) أي فيطلب الولي مصلحة الصبي و المجنون فيما عقداه (و لا بد أن يعقلا البيع) أي و لا بد أن يعلم الصبي و المجنون البيع (ليوجد ركن العقد) أي التمليك لأن بهذا العقد يزول ملكهما عن المبيع و يدخل في ملكهما الثمن (فينعقد) بنصب الدال عطفا على قوله ليوجد أي فينعقد العقد (موقوفاً علي الإجازة) أي حال كونه موقوفاً علي إجازة الولي (و المجنون قد يعقل البيع) كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لا بد في

---

(١)يعلم الخ. زاد في الجوهرة: و يعلم أنه لا يجتمع الثمن و المثمن في ملك واحد قال في شاهان و من علامة كونه غير عاقل إذا أعطى الحلواني فلوسا فأخذ الحلوى و بقي يقول أعطني فلوسي و إن ذهب و لم يسترد الفلوس فهو عاقل اه. و زاد في التبيين: و يعلم الغبن الفاحش من اليسير اه. و في رد المحتار: بحث شيخنا في هذا الشرط بأن الفرق بين اليسير و الفاحش مختص بحذاق التجار فينبغي أن لا يعتبر ح قلت و أصله للعلامة يعقوب باشا محشي صدر الشريعة ذكره أوائل كتاب الوكالة لكنه بحث مصادم للمنقول في المذهب فالشأن في تأويله و لعل مرادهم فيما تكون قيمته معروفة مشهورة و إلا فغيره قد يغبن فيه أعقل الناس أو المراد أن يعرف أن الخمسة فيما قيمته عشرة مثلا غبن فاحش و أن الواحد فيها يسير فان من لم يدرك الفرق بينهما غير عاقل كصبي دفع له رجل كعبا و أخذ به ثوبه فانه إذا فرح به و لم يعرف أنه مغبون لا يصح تصرفه أصلا و الظاهر أن هذا هو المراد و أجاب في وكالة السعدية بأنه قد يقام التمكن من مقام ذلك الشيء فالتمكن من المعرفة بالعقل و ذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فيه فليتأمل اه و حاصله أن ما ذكر كناية عن أن يكون عاقلا و ليس المراد حقيقة هذه المعرفة فهو من إطلاق اللازم و إرادة الملزوم والله تعالى اعلم.

و يقصده و إن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة و هو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة فإن قيل التوقف عندكم فى البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذاً عليه كما فى شراء الفضولى و ههنا لم يجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه

---

إجازة الولى لبيع الصغير و المجنون من أن يكونا يعقلان البيع و المجنون لا يعقل شيئاً فأجاب و المجنون قد يعقل البيع (و يقصده) أى يقصد حكمه و ذلك لأن المراد من المجنون المعتوه الذى يختلط فى كلامه فتارة يتكلم بكلام العقلاء و تارة بكلام المجانين و أشار إلى ذلك بقوله (و إن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة و هو المعتوه (١) الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة) عند قوله و من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف إلى آخره (فان قيل التوقف عندكم فى البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر) تحرير السؤال أن الأصل فى الشراء النفاذ على المباشر يعنى من غير توقف على ما مر فى بيع الفضولى فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الإجازة و أجاب عنه بقوله (قلنا نعم) يعنى نعم أن الأصل فى الشراء النفاذ على المباشر بلا توقف لكن (إذا وجد نفاذاً عليه) أى إذا وجد الشراء نفاذاً على المباشر (كما فى شراء الفضولى) يعنى إذا أطلق الشراء أما إذا أضاف إلى غيره فيتوقف بالإجماع و اعلم أن شراء الفضولى على وجوه ذكرها فى الفتاوى الصغرى و التتمة الأول: إن أضاف الشراء إليه نصا بأن قال البائع بعت هذا من فلان و قال الفضولى اشتريت لفلان أو قبلت لفلان أو لم يقل لفلان فانه يتوقف. الثانى: لو قال بعت منك و قال الفضولى قبلت أو قال اشتريت و نوى بقلبه لفلان ينفذ بالإتفاق على المشترى و لا يتوقف. الثالث: إذا قال الفضولى اشتريت هذا لفلان و قال البائع بعت منك ذكر فيه شيخ الاسلام خواهر زادهؒ روايتين و الصحيح أنه لا يتوقف بلا خلاف. الرابع: إذا قال البائع بعت منك هذا لأجل فلان فقال المشترى اشتريت أو قبلت أو قال المشترى اشتريت هذا لأجل فلان فقال البائع بعت فانه لا يتوقف (و ههنا) أى فيما نحن فيه من حكم بيع الصبى و المجنون و العبد (لم يجد نفاذاً) أى لم يجد الشراء نفاذاً على المباشر (لعدم الأهلية) فى الصبى و المجنون (أو لضرر المولى) فى العبد (فوقفناه) أى العقد من هؤلاء قال

---

(١) المعتوه و هو الناقص العقل و قيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا فى تفسيره اختلافا كثيرا و أحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب و لا يشتم كما يفعل المجنون كذا فى التبيين. قال الاتقانىؒ ثم إعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه إختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى فالقاضى ابو زيدؒ مال إلى الوجوب و فخر الاسلامؒ مال إلى السقوط اه كذا فى الهامش على التبيين.

**قال و هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر فى الأقوال دون الأفعال لأنه لا مرد لها لوجودها حساً و مشاهدة بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع و القصد من شرطه**

السغناقي هذا الذى ذكره عن الاشكال إنما يرد على لفظ مختصر القدورى حيث قال فيه و من باع من هؤلاء شيئا أو إشتراه أما ههنا يعنى فى الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال و لكن جعل المذكور فى القدورى مذكوراً ههنا فأورد الاشكال و هو موجود فى بعض النسخ كما ذكرنا (قال و هذه المعانى الثلاثة) يعنى الصغر و الجنون و الرق (توجب الحجر فى الأقوال) يعنى ما تردد منها بين النفع و الضرر كالبيع و الشراء و أما الأقوال التى فيها نفع محض فالصبى فيها كالبالغ و لهذا يصح منه قبول الهبة و الاسلام و لا يتوقف على إذن الولى و كذلك العبد و المعتوه و أما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق و العتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل فى حق الصغير و المجنون دون العبد (دون الأفعال) يعنى أن المعانى الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال (لأنه) أى لأن الشأن (لا مرد لها) أى للأفعال حتى أن ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان فى الحال و كذا العبد و المجنون إذا أتلفا شيئا لزمهما الضمان فى الحال (لوجودها) أى لوجود الأفعال (حساً و مشاهدة) أى من حيث الحس و المشاهدة فاذا حصل بها الاتلاف من قطع أو قتل أو إراقة شيء لا يمكن أن يجعل كلا إتلاف (بخلاف (١) الأقوال لأن اعتبارها موجودة) أى حال كونها موجودة (بالشرع) أى حاصل بالشرع و هو خبر لأن أراد أن اعتبار أقوال هؤلاء بالشرع و الشرع لم يجعل أقوالهم فيما تردد بين النفع و الضرر معتبرة فى حق النفاذ (و القصد من شرطه) أى القصد من شرط ذلك الاعتبار و ليس للصبى و المجنون قصد لقصور العقل فينتفى المشروط به و أما فى العبد فالقصد و إن وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الأقوال موجودة حساً و مشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعاً بالقصد دون الأفعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الأقوال الموجودة حسا و مشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هى دلالات عليها و يمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الأفعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن

(١) بخلاف الأقوال فان إعتبارها بالشرع أما الانشآت فظاهر إذا التطليق و الاعتاق و البيع و الهبة و نحوها لا تؤثر فى المحل حسا و إنما صار المحل محرما و محررا و مملوكا بالشرع و أما الاخبارات كالا قارير و الشهادات فموجبها عرف شرعا لأنها دلالات على المخبر عنه فيجوز أن لا تقع دلالة لأنها تحتمل الصدق و الكذب بذاتها كذا فى الكفاية.

إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود و القصاص فيعجل عدم القصد في ذلك شبهة فى حق الصبى و المجنون قال و الصبى و المجنون لا يصح عقودهما و لا إقرارهما لما بينا و لا يقع طلاقهما و لا إعتاقهما لقوله عليه الصلاة و السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبى و المعتوه

---

أن تجعل غير موجودة و الثاني أن القول قد يقع صدقا و قد يقع كذبا و قد يقع جدا و قد يقع هزلاً فلا بد من القصد ألا ترى أن القول من الحر العاقل البالغ إذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الأفعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها (إلا إذا كان فعلا) استثناء من قوله دون الافعال أى هذه المعانى الثلاثة لا توجب الحجر فى الأفعال إلا إذا كان ذلك الفعل فعلا (يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود و القصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبى و المجنون) حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا و السرقة و شرب الخمر و قطع الطريق و القصاص بالقتل (قال) أى القدورىؒ (و الصبى و المجنون لا يصح عقودهما) أى لا ينفذ عقودهما و لكن ينعقد موقوفاً على إجازة الولى عندنا خلافاً للثلاثة رحمهم الله تعالى (و لا إقرارهما لما بينا) أشار به إلى قوله و القصد من شرطه فإن قلت لم أعاد هذه المسألة قلت إنما أعاد هذه المسئلة تفريعاً على الأصل المذكور و هو أن هذه المعانى الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتنساق القوليات فى موضع واحد (و لا يقع طلاقهما) أى طلاق الصبى و المجنون (و لا إعتاقهما) أى و لا يقع إعتاقهما (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (كل طلاق واقع إلا طلاق الصبى و المعتوه) هذا الحديث بهذا اللفظ لم يثبت و إنما أخرج (١) الترمذىؒ فى الطلاق عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله و قال هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان و عطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث و العجب كل العجب من صاحب الرعاية مع ادعائه التعمق فى العلوم و كونه فى ديار الحديث و كتبه الجمة يقول بعد قوله عليه الصلاة و السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبى و المعتوه رواه الترمذىؒ عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه و كيف يعزوه إلى الترمذىؒ بهذا المتن و قد بينت لك ما أخرجه الترمذىؒ فهل هذا إلا إستهتار عظيم بالألفاظ النبوية اللهم اجعلنا ممن ينتبه لهذا و ممن ينتقد الجيد من الزيف و الاستدلال في هذا الموضع بحديث رفع القلم عن ثلاث أولي و أجدر على

---

(١) أخرج الترمذىؒ فى الطلاق باب ما جآء فى طلاق المعتوه ص ١٤٢ ج ١.

..................................

ما لا يخفى لأنه روى من طرق صحاح و حسان و قد رواه جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم الأول على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه و لحديثه طرق أمثلها ما رواه (١) أبو داودؒ من طريق ابن وهب عن جرير بن حازم عن سليمان بن مهران و هو الأعمش عن أبى ظبيان حصين بن جندب عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال مر على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه بمجنونة بنى فلان و قد زنت فأمر عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه برجمها فردها على رضى الله تعالى عنه و قال لعمر رضى الله تعالى عنه يا أمير المؤمنين أترجم هذه قال نعم قال أو ما تذكر أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن المجنون المغلوب على عقله و عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبى حتى يحتلم قال صدقت فخلى عنها و رواه الحاكم رحمه الله تعالى فى المستدرك و قال صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه و قال (٢) الدار قطنىؒ فى كتاب العلل هذا حديث يرويه أبو ظبيان واختلف عنه فرواه سليمان الأعمش عنه واختلف عليه فرواه جرير بن حازم عن الأعمش عن أبى ظبيان عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه فرفعه إلى النبى ﷺ عن على و عمر رضى الله تعالى عنهما و تفرد به ابن وهب عن جرير بن حازم و خالفه ابن فضيل و وكيع فرواه عن الأعمش عن أبى ظبيان عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه عن على و عمر رضى الله تعالى عنهما موقوفا و رواه عمار بن زريق عن الأعمش عن أبى ظبيان موقوفا و لم يذكر ابن عباس رضى الله تعالى عنه و كذلك رواه سعيد بن عبيدة عن أبى ظبيان موقوفا و لم يذكر ابن عباس رضى الله تعالى عنه و رواه أبو حصين عن أبى ظبيان عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه عن على و عمر رضى الله تعالى عنهم موقوفا واختلف عنه فقيل عن أبى ظبيان عن على رضى الله تعالى عنه موقوفا قاله أبو بكر بن عياش و شريك عن أبى حصين و رواه عطاء بن السائب عن أبى ظبيان عن على و عمر رضى الله تعالى عنهما مرفوعا حدث به حماد بن سلمة و أبو الأحوص و جرير بن عبد الحميد و عبدالعزيز بن عبد الصمد و غيرهم و قول وكيع و ابن فضيل أشبه بالصواب و روى (٣) أبو داود رحمه الله تعالى أيضا عن أبى الضحى و هو مسلم بن صبيح بضم الصاد و فتح الباء الموحدة عن على رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبى حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل و هو منقطع قال الشيخ تقى الدينؒ تابعا لشيخه زكى الدين المنذرىؒ أبو الضحى لم يدرك على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه و

(١) رواه ابو داودؒ فى الحدود باب فى المجنون يسرق أو يصيب حدا ص٢٥٦ ج٢. (٢) قال الدار قطنىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص١٦٢ ج٤. (٣) روى ابو داودؒ فى الحدود باب فى المجنون يسرق أو يصيب حدا ص٢٥٧ ج٢.

..............................................

روى (١) أبو داودّ أيضا عن أبي الأحوص و جرير كلاهما عن عطاء بن السائب عن أبي ظبيان قال أتي عمر رضي الله تعالى عنه بامرأة قد فجرت فأمر برجمها فمرّ علي رضي الله تعالى عنه فأخذها فخلى سبيلها فأخبر عمر رضي الله تعالى عنه فقال ادعوا لي علياً فجاء علي رضي الله تعالى عنه فقال يا أمير المؤمنين لقد علمت أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ و عن النائم حتى يستيقظ و عن المعتوه حتى يبرأ و أن هذه معتوهة بني فلان لعل الذي أتاها أتاها و هي في بلائها قال فقال عمر رضي الله عنه لا أدري فقال علي رضي الله تعالى عنه و أنا لا أدري و أخرجه (٢) النسائيّ في الرجم عن أبي عبد الصمد عن عطاء بن السائب به و أخرجه أحمدّ في مسنده عن حماد بن سلمة عن عطاء به و قال في آخره فلم يرجمها قال الشيخ تقي الدينّ و هذه الرواية يتوقف اتصالها على لقاء أبي ظبيان لعلي و عمر رضي الله عنهما لأنه حكى واقعة و لم يذكر أنه شاهدها فهي محتملة الإنقطاع و لكن الدار قطنيّ أثبت لقاءه لهما فسئل في "علله" هل لقي أبو ظبيان علياً و عمر رضي الله عنهما فقال نعم قال و على تقدير الإتصال فعطاء بن السائب اختلط بآخره قال الأمام أحمد و ابن معين رحمهما الله تعالى من سمع منه حديثاً فليس بشيء و من سمع منه قديماً قبل فلينظر في هؤلاء المذكورين و حال سماعهم منه و أيضاً فهو معلول بالوقف كما رواه النسائيّ من حديث أبي حصين بفتح الحاء و كسر الصاد عن أبي ظبيان عن علي رضي الله تعالى عنه و قال النسائيّ و أبو حصين أثبت من عطاء بن السائب و أخرجه (٣) ابن ماجةّ عن القاسم بن يزيد عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن الصغير و عن المجنون و عن النائم قال الشيخ تقي الدينّ تابعاً لشيخه المنذريّ القاسم هذا لم يدرك علياً رضي الله تعالى عنه و كذلك في أطراف ابن عساكرّ و أخرجه (٤) الترمذيّ في الحدود و النسائيّ في الرجم عن همام عن قتادة عن الحسن البصري عن علي رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يشبّ و عن المعتوه حتى يعقل و قال الترمذيّ حديث حسن غريب من هذا الوجه و قد روي من غير وجه عن علي رضي الله تعالى عنه و لا نعرف للحسنّ سماعاً من علي رضي الله تعالى عنه و أخرجه (٥) النسائي رحمه الله تعالى

(١)روى ابو داودّ في الباب المذكور آنفا. (٢)أخرجه النسائيّ في الكبرى في الرجم (باب) المجنونة تصيب الحد ص٣٢٣ ج٤. (٣)أخرجه ابن ماجةّ في الطلاق باب طلاق المعتوه و الصغير و النائم ص١٤٨. (٤)أخرجه الترمذيّ في الحدود باب ما جآء فيمن لا يجب عليه الحد ص١٧٠ ج١ و النسائيّ في الكبرى في الرجم (باب) المجنونة تصيب الحد ص٣٢٤ ج٤. (٥)أخرجه النسائيّ في الكبرى في الباب المذكور آنفا.

..............................

عن يزيد بن زريع عن يونس عن الحسن عن علي رضي الله تعالى عنه قوله ثم قال و حديث يونس أشبه بالصواب من حديث همام قال ابن عساكرؒ في أطرافه قلت قد رواه سعيد عن قتادة عن الحسن مرفوعا و رواه هشيم عن يونس عن الحسن فرفعه أيضا اه قلت الروايتان في مسند احمد رحمه الله تعالى عن سعيد عن قتادة عن الحسن أن عمر رضي الله تعالى عنه أراد أن يرجم مجنونة فقال له علي رضي الله تعالى عنه سمعت رسول الله ﷺ يقول رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الطفل حتى يحتلم و عن المجنون حتى يبرأ أو يعقل فدرأ عنها عمر رضي الله تعالى عنه الحد و عن هشيم عن يونس عن الحسن عن علي رضي الله تعالى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن الصغير حتى يبلغ و عن المصاب حتى يكشف عنه و الثاني أبو قتادة رضي الله تعالى عنه أخرج (١) حديثه الحاكمؒ في المستدرك في الحدود عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن عبدالله بن أبي رباح عن أبي قتادة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن المعتوه حتى يصح و عن الصبي حتى يحتلم و قال هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه و الثالث أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أخرج (٢) حديثه البزارؒ في مسنده حدثنا حمدان بن عمر حدثنا سعد بن عبدالحميد ثنا عبد الرحمن بن عبدالله بن عمر عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن ثلاث عن الصغير حتى يكبر و عن النائم حتى يستيقظ و عن المجنون حتى يفيق انتهى و سكت عنه و الرابع ثوبان رضي الله تعالى عنه و الخامس شداد رضي الله تعالى عنه أخرج (٣) حديثهما الطبرانيؒ في كتاب مسند الشاميين حدثنا عبدالرحمن بن مسلم الرازي ثنا عبدالمؤمن بن علي الزعفراني ثنا عبدالسلام بن حرب عن برد بن سنان عن مكحول عن أبي ادريس الخولاني قال أخبرني غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ منهم ثوبان و شداد بن أوس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ و عن المبتلى حتى يبرأ و عن الصبي حتى يكبر و السادس عائشة رضي الله تعالى عنها أخرج (٤) حديثها أبو داود و النسائي و ابن ماجة عن حماد بن سلمة عن حماد و هو ابن أبي سليمان

---

(١ و ٢ و ٣) أخرج حديثه الحاكمؒ الخ. كذا في نصب الراية ص ١٦٤ ج ٤. (٤) أخرج حديثها ابو داودؒ في الحدود باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا ص ٢٥٦ ج ٢ و النسائيؒ في الصغرى في الطلاق باب من لا يقع طلاقه من الأزواج ص ١٠٣ ج ٢ و ابن ماجةؒ في الطلاق باب طلاق المعتوه و الصغير و النائم ص ١٤٨.

و الاعتاق يتمحض مضرة و لا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة و لا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته و لا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال و إن أتلفا شيئاً

---

عن ابراهيم عن الأسود عن عائشة رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة إلى آخر لفظ ثوبان و شداد و أخرجه الحاكم في مستدركه و قال حديث صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه و لم يعله الشيخ في الامام و إنما قال هو أقوى إسنادا من حديث على رضى الله تعالى عنه و قال صاحب التنقيح حماد بن أبي سليمان وثقه النسائي و العجلي و ابن معين و غيرهم و تكلم فيه ابن سعد و الأعمش و روى له مسلم مقرونا بغيره قلت هو ثقة كبير جليل القدر و هو شيخ أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و الإعتاق يتمحض مضرة) أراد أن الإعتاق ضرر محض و هذا ظاهر (و لا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال) من الأحوال أما في الحال (لعدم الشهوة) و أما في المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاختلاف و تنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة و لا علم له بذلك (و لا وقوف للولي على عدم التوافق) يعني بين الصبي و امرأته (على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أراد بهذا الاعتبار لا وقوف له على ذلك و أما في الحال فإنه يمكن أن يقف على مصلحته و لكن الاعتبار وقت البلوغ (فلهذا) أي فلأجل ذلك (لا يتوقفان) أي الطلاق و العتاق (على إجازته) أي إجازة الولي (و لا ينفذان) أي طلاق الصبي و عتاقه (بمباشرته) أي بمباشرة الولي و في هذا التركيب تسامح إذ حقه أن يقال لا ينفذان بإجازته لأن الطلاق أو العتاق الذي باشره الصبي محال أن يباشره الولي و لكن يجوز أن يقال معناه لا ينفذ طلاق إمرأة الصبي و عتاق عبد الصبي بمباشرة الولي الطلاق و العتاق (بخلاف سائر العقود) مثل البيع و الشراء و قبول الهبة و الصدقة و الهدية فإن للصبي وقوفاً على ما فيه المصلحة و ما فيه المضرة و كذلك الولي (قال) أي القدوري (و إن أتلفا شيئاً) هذا بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور أي إن أتلف (١) الصبي و المجنون شيئاً (٢)

---

(١)إن أتلف الصبي الخ. و في الدر المختار معزيا إلى الأشباه: الصبي المحجور مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلفه من المال للحال و إذا قتل فالدية على عاقلته اهـ و في رد المحتار على الدر المختار: (قوله مؤاخذ بأفعاله) هذا من باب خطاب الوضع و هو لا يتوقف على التكليف لأن الخطاب نوعان خطاب وضع و خطاب تكليف كما في جمع الجوامع (قوله و إذا قتل) أي الصبي المحجور و ليس التقييد بالحجر في هذه احترازيا حتى لو كان ماذونا له في التجارة فالحكم كذلك أبو السعود على الأشباه. (٢)شيئا مقوّما من مال أو نفس كذا في الدر المختار.

لزمهما ضمانه إحياء لحق المتلف عليه و هذا لأن كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم عليه و الحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف القولى على ما بيناه قال فأما العبد فإقراره نافذ فى حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ فى حق مولاه رعاية لجانبه لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه و كل ذلك إتلاف ماله قال فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية و زوال المانع و لا يلزمه فى الحال لقيام المانع و إن أقر بحد أو قصاص لزمه فى الحال

---

(لزمهما ضمانه إحياء) أى لأجل الإحياء (لحق المتلف عليه) بفتح اللام (و هذا) أى وجوب الضمان (لأن كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم عليه و الحائط المائل بعد الإشهاد) يعنى أنه لا قصد من صاحب الحائط فى وقوع الحائط و مع ذلك يجب الضمان (بخلاف القولى) أى التصرف القولى فإنه يتوقف على القصد (على ما بيناه) أشار به إلى قوله بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع و القصد من شرطه (قال) أى القدورىؒ (فأما العبد فإقراره نافذ فى حق نفسه) حتى يؤاخذه به بعد العتق فان قلت هذا معطوف على ما ذا قلت على قوله و الصبى و المجنون لا يصح عقودهما و لا إقرارهما (لقيام أهليته) أى لوجود أهليته و هو أنه مكلف (غير نافذ فى حق مولاه رعاية لجانبه) أى لجانب المولى (لأن نفاذه) أى لأن نفاذ إقراره فى الحال (لا يعرى عن تعلق الدين برقبته) أى إذا استغرق الدين برقبته أو ساواها (أو كسبه) أى إذا كان الدين أقل من رقبته (و كل ذلك) أى تعلق الدين برقبته أو كسبه (إتلاف ماله) أى إتلاف مال المولى (قال) أى القدورىؒ (فان أقر) أى العبد (بمال لزمه (١) بعد الحرية لوجود الأهلية و زوال المانع) و هو رعاية حق المولى (و لا يلزمه فى الحال لقيام المانع) و هو حق المولى (و إن أقر) أى العبد (بحد أو قصاص لزمه (٢) فى الحال) و قال فى شرح الأقطع و قال زفرؒ لا يصح

---

(١)لزمه بعد الحرية لو لغير مولاه و لو له هدر أى لا يلزمه شىء بعد عتقه لما تقرر أن المولى لا يستوجب على عبده مالا درد كذا فى الدر المختار مع رد المحتار. (٢)لزمه فى الحال و حضرة المولى ليست بشرط و هذا إذا أقر و أما إذا أقيم عليه البينة فحضرة المولى شرط عندنا و قال ابو يوسفؒ ليست بشرط كذا فى الجوهرة و فيها أيضا قتل رجلا عمدا و وجب القصاص فأعتقه المولى لا يلزمه شىء و لو كان للقتيل وليان فعفا أحدهما بطل حقه و انقلب نصيب الآخر مالا و له أن يستسعى العبد فى نصف قيمته و لا يجب على المولى شىء لأنه انقلب مالا بعد الحرية و يجب نصف القيمة لأن أصل الجناية كان فى حال الرق و لو أقر بقتل خطأ لم يلزم المولى شىء و كان فى ذمة العبد يؤخذ به بعد الحرية كذا فى الخجندى و فى الكرخى إقراره بجناية الخطأ و هو مأذون أو محجور باطل فان أعتق لم يتبع بشىء من الجناية اهـ.

لأنه مبقى على أصل الحرية فى حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك و ينفذ طلاقه لما روينا و لقوله عليه الصلاة و السلام لا يملك العبد و المكاتب شيئاً إلا الطلاق و لأنه

إقراره إذا كان محجوراً عليه لأنه لو صح يلزم منه إتلاف مال المولى فلا يصح كما لو أقر بدين و أشار إلى دليلنا بقوله (لأنه) أى لأن العبد (مبقى على أصل الحرية فى حق الدم) لأن الحدود و القصاص من خواص الآدمية لأنها من التكاليف و العبد فى حق التكاليف مبقى على أصل الآدمية فينفذ إقراره بها (حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك) أى بالدم أو بالحد فان قلت فيه أيضاً بطلان حق المولى قلت بطلان حقه ضمنى و الضمنى لا يعتبر فان قلت قوله عليه الصلاة و السلام لا يملك العبد و المكاتب شيئاً إلا الطلاق يقتضى أن لا يملك الإقرار بالحدود و القصاص قلت لما بقى على أصل الحرية فيهما يكون هذا إقرار الحر لا إقرار العبد و لأن قوله تعالى ﴿بل (٢) الإنسان على نفسه بصيرة﴾ يقتضى أن يصح و لا يقال إنه خص منه الإقرار بالمال لأن النص لم يتناوله إذ إقراره بالمال يلاقى حق الغير و النص يتناول الإقرار على نفسه (و ينفذ طلاقه) أى طلاق العبد (لما روينا) أشاربه إلى قوله عليه الصلاة و السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبى و المعتوه (و لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (لا يملك العبد و المكاتب شيئاً إلا الطلاق) هذا الحديث بهذه العبارة لم يثبت و لكن أخرج (٣) ابن ماجةؒ فى سننه فى الطلاق عن ابن لهيعة عن موسى بن أيوب الغافقى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال أتى النبى ﷺ رجل فقال يا رسول الله سيدى زوجنى أمته و هو يريد أن يفرق بينى و بينها فصعد رسول الله ﷺ المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق فان قلت ابن لهيعة ضيف قلت وثقه أحمد و الطحاوى رحمهما الله تعالى و كفى بهما حجة و أخرجه (٤) ابن عدىؒ فى الكامل عن الفضل بن المختار عن عبيدالله بن موهب عن عصمة بن مالك قال جاء مملوك إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إن سيدى زوجنى أمته الحديث (و لأنه) أى العبد

(١)لزمه فى الحال و حضرة المولى ليست بشرط و هذا إذا أقر و أما إذا أقيم عليه البينة فحضرة المولى شرط عندنا و قال ابو يوسفؒ ليست بشرط جوهرة و فيها قتل رجلا عمدا و وجب القصاص فأعتقه المولى لا يلزمه شيء و لو كان للقتيل و ليان فعفا أحدهما بطل حقه و انقلب نصيب الآخر ما لا و له أن يستسعى العبد فى نصف قيمته لا يجب على المولى شيء لأنه انقلب ما لا بعد الحرية و يجب نصف القيمة لأن أصل الجناية كان فى حال الرق و لو أقر بقتل خطأ لم يلزم المولى شيء و كان فى ذمة العبد يؤخذ به بعد الحرية كذا فى الخجندى و فى الكرخى إقراره بجناية الخطأ و هو مأذون أو محجور باطل فان أعتق لم يتبع بشيء من الجناية ا ه. (٢)بل الانسان الآية. القيامة: ١٤. (٣)أخرج ابن ماجةؒ فى الطلاق باب طلاق العبد ص١٥٢. (٤)أخرجه ابن عدىؒ فى الكامل الخ. كذا فى نصب الراية ص١٦٥ ج٤.

عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً و ليس فيه إبطال ملك المولى و لا تفويت منافعه فينفذ و الله أعلم.

## باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه

---

(عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً) للطلاق (و ليس فيه) أى فى طلاق العبد زوجته (إبطال ملك المولى و لا تفويت منافعه فينفذ) أى طلاقه لأنه مختص بالانسانية فكان كالحر (والله أعلم بالصواب)

(باب الحجر للفساد)

أى لأجل الفساد و لما فرغ عن الحجر المتفق عليه شرع فى بيان الحجر المختلف فيه و المراد بالفساد السفه و هو خفة تعترى الانسان من غضب أو فرح فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع و العقل مع قيام العقل و قد (١) غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال و اتلافه على خلاف مقتضى العقل و الشرع يقال تسفهت (٢) الريح الشجر إذا مالت به و مسائل هذا الباب مبنية على قول الأصحاب لا على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه لا يرى الحجر للفساد و السفه (قال (٣) أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه) أى خفيف العقل و هو غير المعتوه فان المعتوه ناقص العقل و فى المبسوط من عادة السفيه التبذير و الإسراف فى النفقة و أن يتصرف بتصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً مثل دفع المال إلى المغنيين و اللعابين و شراء الحمام الطيارة بثمن غال و الغبن فى التجارات من غير محمدة قال صاحب المحيط الكبير فى طريقته المطولة الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه المبذر لماله فى الخير و الشر غير جائز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يجوز ثم انهما اختلفا فيما بينهما فى السفيه إذا بلغ يبلغ محجوراً أو مطلقاً قال محمد رحمه الله تعالى يبلغ محجوراً و لا يحتاج إلى حجر القاضى و قال (٤) أبو يوسف رحمه الله تعالى يبلغ مطلقاً و

---

(١)و قد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال الخ. فارتكاب غيره من المعاصى كشرب الخمر و الزنا لم يكن من السفه المصطلح فى شيء قهستانى كذا فى الشامية. (٢)تسفهت الريح الخ. و فى تاج العروس: تسفهت الريح الغصون أمالتها أو مالت بها أو استخفتها فحركتها. (٣)قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى الخ. إعلم أن الحجر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه و الدين (بفتح الدال) و الفسق و الغفلة و عندهما يجوز بغير الفسق و عند الشافعى رحمه الله تعالى يجوز بالكل كذا فى الكفاية و أما الحجر على المفتى الماجن و أخويه فليس بحجر إصطلاحى و ظاهر الدرر أن عندهما أيضا يحجر عليه بالفسق و هو مخالف لعامة الكتب كما نبه عليه فى العزمية كذا فى الشامية. (٤)قال ابو يوسف رحمه الله تعالى الخ. و الثمرة فيما باعه قبل حجر القاضى يجوز عند ابى يوسف لا عند محمد كذا فى الشامية.

و تصرفه في ماله جائز و إن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه و لا مصلحة و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى يحجر على السفيه و يمنع من التصرف في ماله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبى بل أولى لأن الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير و فى حقه حقيقته و لهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده

يحتاج إلى حجر القاضى فأجمعوا على أنه يمنع عنه المال إلى أن يبلغ خمساً و عشرين سنة ثم اختلفوا بعد ذلك قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يمنع عنه ماله بعد خمس و عشرين سنة و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يمنع عنه ما دام السفه قائماً (و تصرفه فى ماله جائز و إن كان مبذراً) بتشديد الذال المعجمة و قوله (مفسداً) تفسير لقوله مبذراً (يتلف ماله فيما لا غرض له فيه و لا مصلحة) كالالقاء فى البحر و الاحراق بالنار و نحو ذلك (و قال (١) أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) و مالك و احمد رحمهما الله تعالى (يحجر على السفيه و يمنع من التصرف فى ماله) كالبيع و الشراء و الاجارة و نحوها مما يحتمل الفسخ و أما الذى لا يحتمله فلا يحجر فيه كالطلاق و العتاق و الاقرار بالحدود و القصاص (لأنه مبذر) أى لأن السفيه مبذر ( ماله بصرفه لا على الوجه الذى يقتضيه العقل) و كل من هو كذلك (فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبى) حيث يحجر عليه (بل أولى) أى بل حجر السفيه أولى من حجر الصبى (لأن الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير و فى حقه) أى و فى حق السفيه (حقيقته) أى حقيقة التبذير (و لهذا) أى و لأجل وجود حقيقة التبذير فيه (متع عنه المال) أى منع عن السفيه المال بالنص وهو قوله تعالى ﴿و لا تؤتوا (٢) السفهاء أموالكم﴾ (ثم هو) أى منع المال (لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده) بأن يبيع ماله بالغبن الفاحش فيؤدى ذلك إلى إتلاف ماله قيل هذا الذى ذكره من الدليل إنما يصح على قولهما و أما على قول الشافعي رحمه الله تعالى فلا يصح لأن حجر السفيه عنده بطريق الزجر و العقوبة عليه لا بطريق النظر له و الفائدة تظهر فيما إذا كان

(١) قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. و بقولهما يفتى به صرح قاضيخانؒ فى كتاب الحيطان و هو صريح فيكون أقوى من الالتزام كذا قال الشيخ قاسمؒ فى تصحيحه و مراده أن ما وقع فى المتون من القول بعدم الحجر على الحر مصحح بالالتزام و ما وقع فى قاضيخان من التصريح بأن الفتوى على قولهما تصريح بالتصحيح فيكون هو المعتمد و جعل عليه الفتوى مولانا فى فوائده منح و فى حاشية الشيخ صالحؒ و قد صرح فى كثير من المعتبرات بأن الفتوى على قولهما و فى القهستانى عن التوضيح أنه المختار اه و أفتى به البلخى و أبو القاسم رحمهما الله تعالى كما ذكره فى المنح عن الخانية كذا فى الشامية. (٢) و لا تؤتوا السفهاء الآية. النساء: ٥.

و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد و هذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته و إلحاقه بالبهائم و هو أشد ضرراً من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل و المفتي الماجن

السفيه مفسداً في دينه مصلحاً في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجراً و عقوبة و لا يحجر عليه عندهما قلت لا نسلم أن الشافعي رحمه الله تعالى يرى ذلك بطريق الزجر و العقوبة فقط بل يراه بهذه الطريقة و بطريقة ما قالا أيضاً فان عنده يجوز الحجر بما أجازاه به و بالفسق أيضاً و هما لا يريانه بالفسق فحينئذ ما ذكره من الدليل يصح على قولهما و على قوله أيضاً فيما اتفق معهما فيه فافهم (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه) أي أن السفيه (مخاطب عاقل (١) و في هذا الوصف إشارة إلى أهلية التصرف لأن التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جرياً على موجب التكليف و الاستيفاء إنما يكون بالوصول إلى الأموال و ذلك بالتمليك و التملك و بالعقل يثبت أهلية التمييز و الشرع جعل الرشد سبيلا من التصرفات تمليكاً و تملكاً لهذا المعنى و انه موجود في حق السفيه لأنه مكلف عاقل كالرشيد (فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد) فان قيل ينقتض هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل و يحجر عليه قلت إنما قال إنه مخاطب و هو مطلق و المطلق ينصرف إلى الكامل و العبد ليس بكامل في كونه مخاطباً لسقوط الخطابات المالية كالزكاة و صدقة الفطر و الأضحية و الكفارات المالية و بعض الخطابات الغير المالية كالحج و الجمعة و العيدين و الشهادات و شطر الحدود و غيرها و لو قال لأنه مخاطب عاقل حر سقط الاعتراض و (هذا) أي عدم الحجر (لأن في سلب ولايته إهدار آدميته و إلحاقه بالبهائم) لأن الآدمي إنما يمتاز عن البهائم باعتبار قوله في التصرفات (و هو) أي الحجر عليه (أشد ضرراً من التبذير فلا يتحمل الأعلى) الذي هو الحجر (لدفع الأدنى) الذي هو التبذير (حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل) و هو الذي يعالج الناس من الكتب من غير مراجعة على المشايخ و لا وقوف على غوامض الكليات و لا معرفة بطباع الأدوية و لا تشخيص الأمراض العارضة كأبناء هذا الزمان الذين يتولون وظائف الحكمة و رياستها بواسطة المال و إعانة الظلمة (و المفتي الماجن) و ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده و

(١) عاقل. أقول قوله عاقل بعد قوله مخاطب مستدرك لأن المخاطب لا يكون إلا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي و المجنون ليس بمخاطب لا محالة كذا في الأفكار.

**و المكارى المفلس جاز فيما يروى عنه إذ هو دفع الأعلى**

المفتي الجاهل و هما متقاربان لأن ضرر هما عام و هو من مجن (١) الشيء يمجن مجوناً إذا صلب و غلظ و قولهم رجل ماجن كأنه ماخوذ من غلظ الوجه و قلة الحياء و ليس بعربى محض قاله ابن دريدؒ و المفتي الماجن الذى يعلم الناس الحيل الباطلة مثل أن يعلم المرأة حتى ترتد فتبين من زوجها و يعلم الرجل أن يرتد فتسقط عنه الزكاة ثم يسلم و لا يبالي أن يحرم حلالاً أو يحل حراماً يفسد على الناس دينهم و لقد شاهدت بالديار المصرية طائفة قد تحلوا بحلية الفقهاء و استولوا على مناصب الاجلاء من العلماء بمخالطتهم الظلمة و أرباب الدولة و مشاركتهم إياهم فيما فيه من الفساد و أفتوا لهم بما يطابق أغراضهم الفاسدة و بما يوافق أهوائهم الكاسدة فضلوا و أضلوا و لقد قرع سمعى من بعض الثقات أن واحداً منهم قد أفتى لملك كبير بإباحة الاتيان فى مماليكه مستدلاً بقوله عزوجل ﴿أو (٢) ما ملكت ايمانكم﴾ و آخر قد أباح شرب خمر مصر مستدلاً بأنها لا تقذف بالزبد و هو شرط فى الحرمة و آخر أفتى بجواز السماع و الرقص و سماع الملاهي مستدلاً بلعب الحبشة فى مسجد النبى عليه الصلاة و السلام بالحراب و الدرق و بالجاريتين المغنيتين و نحو ذلك مما ذكر عنهم من الترايه و الأباطيل أعاذنا الله من شر هؤلاء الذين ضل سعيهم فى الحياة الدنيا و ما لهم فى الآخرة من خلاق (و المكارى المفلس) لأنه يتلف أموال الناس فإنه إن مات حمولته فى الطريق و ليس له أخرى و المستكرى لا يجد شيئاً لا بالبيع و لا بالإجارة فيؤدى ذلك إلى إتلاف أموال الناس (جاز فيما يروى عنه) أى جاز الحجر فيما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى (إذ هو) أى لأن (٣) الحجر على هؤلاء (دفع الأعلى) أى الضرر

(١)مجن الشيء الخ. و فى تاج العروس: مجن الشيء يمجن (من باب نصر) مجونا (بالضم) صلب و غلظ و منه إشتقاق الماجن لمن لا يبالى قولا و فعلا أى ما قيل له و ما صنع كأنه لقلة إستحيائه صلب الوجه و الجمع مجّان (بضم الميم و تشديد الجيم) و قيل الماجن عند العرب الذى يرتكب المقابح المردية و الفضائح المخزية و لا يمضّه عذل عاذله و لا تقريع من يقرّعه قال ابن دريدؒ أحسبه دخيلا و قيل المجن (بالفتح فالسكون) خلط الجد بالهزل يقال مجنت فاسكت و قد مجن مجونا (بالضم) و مجانة (بالفتح) و مجنا (بالضم فالسكون) الأخيرة عن سيبويةؒ قال و قالوا المجن (بالضم فالسكون) كما قالوا الشغل و روى أبو موسى المدينىؒ قول لبيد:

يتحدثون مجانة و ملاذة

هكذا بالجيم فتكون الميم أصلية و المشهور مخانة من الخيانة. (٢)أو ما ملكت أيمانكم. النساء: ٣. (٣)لأن الحجر على هؤلاء الخ. و فى الشامية: فمنع هؤلاء المفسدين للأديان و الأبدان و الأموال دفع إضرار بالخاص و العام فهو من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر كما فى القهستانى و غيره قيل و ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخرى المحتكر و أرباب الطعام إذا تعدوا فى البيع بالقيمة و ما لو أسلم عبدا لذمى و امتنع من بيعه باعه القاضى اه قلت و باب الأمر بالمعروف أوسع من هذا تأمل نعم ينبغى ذكر المريض فانه ممنوع عن التصرف فيما فوق الثلث (تنبيه) يعلم من هذا عدم ==>

**بالأدنى و لا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبلغ منه فى العقوبة و لا على الصبى لأنه عاجز عن النظر لنفسه و هذا قادر عليه نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة و الجرى على خلافه لسوء اختياره و منع المال مفيد لأن غالب السفه فى الهبات و التبرعات و الصدقات و ذلك يقف على اليد**

---

الأعلى و هو الضرر العام (بالأدنى) أى بالضرر الأدنى و هو الضرر الذى يلحق المحجور (و لا يصح القياس على منع المال) هذا جواب عن قولهما و لهذا منع عنه المال أى لا يصح قياس جواز الحجر عليه على جواز منع المال عنه (لأن الحجر أبلغ منه فى العقوبة) أى لأن الحجر على السفيه أبلغ من منع المال عنه فى العقوبة يعنى منع المال إنما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجراً له على التبذير و الحجر أبلغ منه فى العقوبة فلا يقاس عليه قيل هذا يلزم على الشافعى رحمه الله تعالى لأنه يرى الحجر عليه عقوبة أما عندهما الحجر عليه نظراً له و قيل هذا على طريق بعض مشايخنا حيث قال إن المنع بطريق العقوبة و قيل فى وجه منع هذا القياس ان منع المال شرع غير معقول المعنى إذ منع الآدمى عن التصرف و هو مالك غير معقول فلا يقاس عليه و قيل إن اليد للآدمى على المال نعمة زائدة و إطلاق اللسان فى التصرفات أصل فلا يقاس إبطال أعلى النعمتين على أدناهما (و لا على الصبى) جواب أيضاً عن قولهما اعتباراً بالصبى أى لا يقاس السفيه على الصبى (لأنه) أى الصبى (عاجز عن النظر لنفسه) فلذلك مست الحاجة إلى صيرورة الغير ولياً له فيصير الصبى مولى عليه و المولى عليه لا يلى التصرف (و هذا) أى السفيه (قادر عليه) أى على النظر لنفسه لكمال عقله (نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة) من العقل و الحرية و البلوغ و إن كان يعدل عن سنن العقل بهواه (و الجرى على خلافه) أى و جرى السفيه على خلاف ذلك (لسوء اختياره) لا لعجزه فكان قياس قادر على عاجز فلا يصح (و منع المال مفيد) هذا جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعنى أن منع المال بدون الحجر مفيد (لأن غالب السفه) إنما يكون (فى الهبات و التبرعات و الصدقات) دون التجارات (و ذلك يقف على اليد) أى لا يملك إلا بالقبض فاذا لم يكن فى يده شىء يمتنع عن ذلك و إن فعل لم يفد فان قلت قوله تعالى ﴿فان (١) كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل و ليه بالعدل﴾ يدل على الحجر لأنه تعالى جعل للسفيه ولياً عليه فاذا كان عليه ولى كان مولياً عليه و كونه مولياً عليه دليل على أنه محجور عليه

---

=> جواز ما عليه أهل بعض الصنائع و الحرف من منعهم من أراد الاشتغال فى حرفتهم و هو متقن لها أو أراد تعلمها فلا يحل التحجير كما أفتى به فى الحامدية. (١)فان كان الآية. البقرة: ٢٨٢.

..........................

**و روى (١) عن عبدالله بن جعفر رضي الله عنهما أنه اشترى داراً بأربعين ألف درهم و طلب**

(١) روى الخ. و في إعلاء السنن باب الحجر على السفيه ص ٣٢٥ ج ١٦. عن عروة بن الزبير قال ابتاع عبدالله بن جعفر رضي الله تعالى عنه بيعاً فقال على رضي الله تعالى عنه لآتين عثمان رضي الله تعالى عنه فلأحجرن عليك فأعلم ذلك ابن جعفر رضي الله تعالى عنه الزبير رضي الله تعالى عنه فقال أنا شريكك في بيعتك فأتي عثمان رضي الله تعالى عنه قال تعال أحجر على هذا فقال الزبيررضي الله تعالى عنه أنا شريكه فقال عثمان رضي الله تعالى عنه كيف أحجر على رجل شريكه الزبير رضي الله تعالى عنه رواه الشافعي رحمه الله تعالى في مسنده كذا في النيل (ص ١١٥ ج ٥) أقول: احتج به أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لجواز الحجر على السفيه و الجواب عنه لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن هذا مبنى على تأويل قوله تعالى: ﴿و لا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ بالحجر و أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: لا دليل في الآية على الحجر بل هو يدل على منع المال من السفيه و هو لا يستلزم الحجر لأن الحجر هو المنع من التصرف و منع المال لا يستلزمه كما لا يخفى و تأويل أحد المجتهدين ليس بحجة على غيره فتدبر و ما قال الشوكاني في "النيل" (٥:١١٦): "الظاهر أن الحجر على من كان في تصرفه سفه كان أمرا معروفا عند الصحابة مألوفا و لو كان غير جائز لأنكره بعض من اطلع على هذه القصة"" اه فمدفوع لأن عبدالله بن جعفر أنكر على على رضي الله تعالى عنه قوله و كذا الزبير رضي الله عنهما و هما صحابيان و إذا اختلفت أقوال الصحابة لا يكون بعضهم حجة على بعض و لأن المسألة اجتهادية و لا يلزم على المجتهد أن ينكر على من خالفه في اجتهاده لا سيما إذا كان المجتهد إماما مفترض الطاعة كعثمان رضي الله تعالى عنه. قال العبد الضعيف: و احتج البيهقي للحجر على السفيه بما روى عن ابن عباس: "أنه سئل عن الشيخ الكبير ينكر عقله أيحجر عليه؟ قال: نعم" و من طريق يزيد بن هرمز عنه أنه كتب إلى نجدة: "و كتبت تسألني عن اليتيم متى ينقضي يتمه؟ فلعمرى! إن الرجل لتنبت لحيته و إنه لضعيف الأخذ لنفسه ضعيف العطاء منها و إذا أخذ لنفسه من مصالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليتم و إنه لا ينقطع عن اليتيم اليتم حتى يبلغ و يؤنس منه رشد" إلخ. و الجواب أن المراد بالرشد هو العقل فمن من بلغ عاقلا مميزا مسلما وجب دفع ماله إليه و لم يجز عليه الحجر و من بلغ غير عاقل و لا مميز للدين لم يدفع إليه ماله و هذا هو المراد بالشيخ الكبير ينكر عقله، أي بالعته و الاختلاط في العقل و هو درجة من درجات الجنون و قد مر قوله عليه السلام: "لا يتم بعد احتلام" و ليس فيه ما زاده ابن عباس رضي الله تعالى عنه فينبغي حمل ما روى عنه على ما يوافق المرفوع من غير زيادة عليه. قال ابن حزم: و لم نجد في شيء من اللغة أن الرشد هو الكيس في كسب الأموال و لو كان كذلك لكان من اليهود و النصارى ذوى رشد و طوائف من المسلمين سفهاء مع أن الرشد عندالله هو الدين و ترك الغي، قال تعالى: ﴿قد تبين الرشد من الغي﴾ ﴿و ما أمر فرعون برشيد﴾ فمن ميز الكفر من الإيمان فقد أونس منه الرشد، فوجب دفع ماله إليه. ثم ذكر بسنده عن ابن سيرين: "أنه كان لا يرى الحجر على الحر شيئا" و هو قول جماعة من الصحابة و قول مجاهد و عبيدالله بن الحسن و غيرهما (٨:٣٩٣) واحتج البيهقي أيضا بقوله تعالى: ﴿فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾ وذكر عن الشافعي أنه قال: "فأثبت الله الولاية على السفيه و الضعيف والذى لا يستطيع أن يمل و أمر وليه بالإملاء عليه" اه. قلنا: أراد بالسفيه المجنون و المعتوه و من ادعى غير ذلك فعليه البيان. و ردالطحاوى على هذا الكلام الذى ذكره البيهقي فقال: ما في أول الآية من مداينة من وصف في آخرها بالسفه يدفع ما قال لأنه تعالى أثبت الديون بمعاملتهم فأخرجهم بذلك عن حكم الأطفال ثم قال: فإن كان المدين سفيها مقصرا عن وصف الإملاء أو ضعيفا عنه لقلة علمه فليملل وليه أى ولى الدين و هو الطالب الذى له الحق و أمره أن يمل بالعدل فلا يمل نجسا و لا يمل ما ليس له على المطلوب و يرجح هذا التأويل أن =>

.........................................

علي رضى الله تعالى عنه من عثمان رضى الله عنه أن يحجر عليه فشارك الزبير بن العوام رضى الله تعالى عنه فلما بلغ ذلك عثمان رضى الله تعالى عنه قال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير بن العوام رضى الله تعالى عنه و إنما علل بهذا لأن الزبير رضى الله تعالى عنه كان مهتديا في التجارة فلو كان هذا عيباً لما شاركه الزبير رضى الله تعالى عنه فطلب علي رضى الله تعالى عنه و تعليل عثمان رضى الله تعالى عنه و اختيار عبدالله رضى الله تعالى عنه بهذه الحيلة دليل على أنهم رأوا الحجر على الحر و لم ينقل عن غيرهم خلاف فكان إجماعاً قلت الجواب عن الآية أن الله تعالى جوز المداينة مع السفيه كما جوزه مع المصلح هذا يدل على أن السفه لا يوجب الحجر و يقال إن السفيه ههنا هو المجنون و الصغير و عليه كثير من أهل التأويل و ذلك لأن السفه في اللغة عبارة عن الخفة كما ذكرنا و ذلك بانعدام العقل أو نقصانه و كذا يحمل السفيه في قوله تعالى ﴿و لا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ فيسقط به الاحتجاج أيضاً في الحجر أو المراد نهى الأزواج عن دفع المال إلى النساء و جعل التصرف إليهن كما كانت العرب تفعله ألا ترى أنه قال أموالكم و ذلك يتناول أموال المخاطبين بهذا النهى لا أموال السفهاء و قوله تعالى ﴿فليملل وليه بالعدل﴾ لا يدل على أن السفيه مولى عليه لا محالة لأن بعض المفسرين قالوا إن المراد من الولي صاحب الحق يملي بالعدل بين يدى من عليه الحق لئلا يزيد على ذلك شيئاً فان زاد أو نقص أنكره صاحبه كذا في شرح التأويلات و أما حديث عبدالله رضى الله تعالى عنه فان كان رأى علي رضى الله تعالى عنه هو الحجر على المبذر فقد كان رأى الزبير و عبدالله بن جعفر رضى الله تعالى عنهما على خلاف ذلك حيث اشتغلا بإبطال الحجر فاذن هذه مسألة وقع الخلاف فيها بين أصحاب رسول الله ﷺ

=> السفيه يجوز طلاقه بإجماع أهل العلم (لو لم يحمل على المجنون و المعتوه) ففارق الأطفال و المجانين إذ لا يجوز طلاقهما ثم ذكر البيهقي شراء عبدالله بن جعفر الأرض قلت: لو كان الحجر واجبا لما سعى ابن جعفر في إبطاله و لما ساعده الزبير و لحجر عليهما عثمان ثم ذكر قضية عائشة مع ابن الزبير و قال: "فهذه عائشة لا تنكر الحجر". قلت: و أيّ إنكار أشد من قولها: "أهو قال هذا؟ لله عليّ نذر أن لا أكلمه" حتى استشفع إليها ابن الزبير و أعتقت في نذرها أربعين رقبة ثم ذكر قضية الذي في عقدته ضعف قلنا: لم يحجر عليه السلام عليه و لا منعه من البيع بل جعل له الخيار اه من "الجوهر النقي" (٢:٢٨) و بالجملة لا يجوز الحجر عند أبي حنيفة على أحد في ماله إلا على من لم يبلغ أو على مجنون في حال جنونه فإذا بلغ الصغير و أفاق المجنون جاز أمرهما في مالهما كغيرهما و لا فرق سواء في ذلك كله الذكر و الأنثى و البكر ذات الأب و غير ذات الأب و التي لا زوج لها و ذات زوج و لا خلاف في أن كل أحد من هؤلاء مأمورون و منهيون متوعدون بالنار مندوبون موعودون بالجنة فقراء إلى إنقاذ أنفسهم منها كفقر غيرهم سواء سواء و لا مزية فلا يخرج من هذا الحكم إلا من أخرجه النص و لم يخرج إلا المجنون حتى يفيق و الصبي حتى يحتلم و النائم حتى يستيقظ والله تعالى اعلم.

**قال و إذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره و أطلق عنه جاز لأن الحجر منه فتوى و ليس بقضاء ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له و المقضى عليه و لو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء**

---

فلا يجب النزول على قول واحد منهم بل يجب ترجيح قول البعض على البعض بالدليل (قال و إذا حجر القاضي عليه) أي على السفيه هذا تفريع على مسألة الحجر على السفيه و قال الأترازي ذكر هذا جوابا لسوال ذكره في نسخ طريقة الخلاف بأن يقال سلمنا أن تصرف المحجور قبل حجر القاضي نافذ و لا كلام لنا فيه و كلامنا فيما إذا حجر القاضي فلم قلتم أن تصرفه ينفذ بعد الحجر لأن قضاء القاضي إذا وقع في فصل مجتهد فيه نفذ قضاؤه بالاتفاق كما في بيع المدبر و القضاء على الغائب و قسمة الغنائم فينبغي أن لا ينفذ تصرف السفيه بعد حجر القاضي فأجابوا عنه بجوابين أحدهما ما ذكروا في مسألة القضاء على الغائب أن نفس القضاء إذا كان مجتهداً فيه لا ينفذ و هنا كذلك لأن نفس القضاء بالحجر على السفيه مجتهد فيه و الثاني أن هذا ليس بقضاء بل هو فتوى فكان قضاء هذا القاضي و فتوى غيره سواء (ثم رفع) أي حكمه (إلى قاض آخر فأبطل حجره) أي حجر القاضي الأول (و أطلق عنه) أي عن السفيه (جاز) أي تصرفه (لأن الحجر منه) أي من القاضي (فتوى و ليس بقضاء) لأن القضاء لا بد له من خصومة لأنه شرع لفصل الخصومات و لا بد للخصومة من الدعوى و الإنكار و لم يوجد ذلك فلا يكون قضاء بل هو فتوى لعدم المقضى له و عليه و هو معنى قوله (ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له و المقضى عليه) فلا يكون قصاء لأن القضاء يثبت ما ليس بثابت بل هذا كان مبينا ما كان ثابتاً فانه كان محجوراً عليه قبل القضاء متى كان مبذراً لماله و هذا هو حد الفتوى (و لو كان قضاء) يعني ولئن سلمنا أن حجر القاضي كان قضاء على احتمال بعيد و هو أن يجعل السفيه مقضياً له من حيث أن الحجر نظر له و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى قلت جاز أن يكون هذا جواب إشكال و هو أن يقال يمكن أن يجعل السفيه مقضيا له من حيث أن الحجر ما ثبت إلا نظراً له و القضاء بالحجر يقع عليه فيجعل مقضياً عليه أيضا فاذا وجد المقضى له و المقضى عليه باختلاف الجهة فيكون قضاء فلا يسع القاضي الثاني الحكم بخلافه فأجاب رحمه الله تعالى بأنه لو كان قضاء (فنفس القضاء مختلف فيه) لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز القضاء بالحجر و عندهما يجوز فيكون نفس القضاء مختلفا فيه فيكون القاضي الثاني بسبيل من تنفيذه و إبطاله لكونه ثابتا من وجه دون وجه فلا بد من الامضاء ليرتفع نقصان اختلاف العلماء نظيره إذا تزوج رجل بشهادة رجل و امرأتين يجوز النكاح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى فلو رفع هذا النكاح إلى القاضي

حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً و عشرين سنة فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فإذا بلغ خمساً و عشرين سنة يسلم إليه ماله و إن لم يؤنس منه

الشافعي فقضى بصحته لا يصير مجمعاً عليه لأنه قضى على خلاف رأيه فيكون الاختلاف في القضاء فيها فينفذ إجماعاً و قال الخبازيّ قضاء القاضي بالمختلف إنما يرفع الخلاف إذا لم يكن نفس القضاء مختلفاً فلا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء (فلا بد (١) من الإمضاء) بقضاء آخر (حتى لو رفع تصرفه) أي تصرف السفيه (بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه) و صحة الحجر (ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله) أي إبطال القاضي الثاني قيل روى نفذ بالتشديد معناه استمر على تنفيذ الثاني لأنه حكم بنفاذه (لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك) أي بعد الامضاء (ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا بلغ الغلام غير رشيد) أي حال كونه غير رشيد (لم يسلم (١) إليه ماله حتى يبلغ خمساً و عشرين سنة فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه) لأنه لا يحجر عنده (فإذا بلغ خمساً و عشرين سنة يسلّم (٢) إليه ماله و إن لم يؤنس منه

(١)فلا بد من الامضاء. قال الزيلعيّ يعني حتى يلزم لأن الاختلاف إذا وقع في نفس القضاء لا يلزم و لا يصير مجمعا عليه و إنما يصيرَ مجمعا عليه أن لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فيتأكد أحد القولين بالقضاء فلا ينقض بعد ذلك و أما إذا كان الاختلاف في نفس القضاء فبالقضاء يحصل الاختلاف فلا بد من قضاء آخر ليصير مجمعا عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف و هذا معناه و لكن فيه إشكال هنا لأن الاختلاف فيه موجود قبل القضاء فان محمدا رحمه الله تعالى يرى حجره بنفس السفه و لا ينفذ تصرفاته أصلا فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد رحمه الله تعالى فيتأكد قوله بالقضاء بخلاف القضاء على الغائب فان الاختلاف فيه في نفس القضاء هل يجوز أم لا فعندنا لا ينفذ و عند الشافعي رحمه الله تعالى يجوز فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء اهـ. (١)لم يسلم إليه ماله الخ. فلو بلغ مفسدا و حجر عليه أو لا فسلمه إليه فضاع ضمنه الوصي و لو دفعه إليه و هو صبي مصلح و أذن له في التجارة فضاع في يده لم يضمن كما في المنح عن الخانية و في حاشية أبي السعودّ معزوا للولوالجية و كما يضمن بالدفع إليه و هو مفسد فكذا قبل ظهور رشده بعد الادراك اهـ و سئل العلامة الشلبيّ عمن بلغت و عليها وصي هل يثبت رشدها بمجرد البلوغ أم لا بد من البينة فأجاب بأنه لا يثبت إلا بحجة شرعية و مثله في الخيرية و في شرح البيرى عن البدائع لا بأس للولي أن يدفع إليه شيئا من ماله و يأذن له بالتجارة للاختبار فان آنس منه رشدا دفع إليه الباقي كذا في الشامية. (٢)يسلم إليه ماله وجوبا يعني لو منعه عنه بعد طلبه ضمن و قبل طلبه لا ضمان كما يفيده كلام المجتبى وغيره قاله شيخنا كذا في الدر المختار. و في رد المختار على الدر المختار: (قوله ضمن) أي إذا هلك في يده لتعديه في المنع و أما إذا بلغ فمنعه قبل أن ينكشف حاله و يعلم رشده و صلاحيته بالاختبار فهلك لا يضمن قال شهاب الدين الجلبيّ في فتاواه و الواجب على الوصي أن لا يدفع إليه المال إلا بعد الاختبار فاذا منعه لذلك كان منعا لواجب فلا يكون متعديا و في الخانية ما يشهد له رملي.

الرشد و قالا لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس رشده و لا يجوز تصرفه فيه لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة و صار كالصبا و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن منع المال عنه بطريق التأديب و لا يتأدب بعد هذا ظاهراً و غالباً ألا ترى أنه قد يصير جداً في هذا السن

---

الرشد و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس رشده (١) و لا يجوز تصرفه فيه) أى في ماله و أبداً نصب على الظرف و الجمع بينه و بين حتى تسامح ظاهر (لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة) أى يبقى المنع ما دامت العلة باقية لأن الله تعالى علق دفع المال بإيناس الرشد بقوله ﴿فإن (٢) آنستم منهم رشدا﴾ فلا يجوز الدفع قبله إذ المعلق بالشرط معدوم قبله و السفه علة فالعبرة لقيامها و زوالها لا للزمان و به (٣) قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و صار كالصبا) أى و صار حكم السفه كحكم الصبا فالسفه ما دام موجوداً فحكمه حكم الصبى و لو صار شيخاً فانياً (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن منع المال عنه بطريق التأديب) يمكن أن يوجه هذا الكلام على وجهين الأول أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع عنه بطريق التأديب يعني من حيث التأديب و هذا يقتضي أن يكون محلاً للتأديب ما لم ينقطع رجاء التأدب (و لا يتأدب بعد هذا ظاهراً و غالباً) يعني و لا يبقى التأديب بعد بلوغه خمساً و عشرين سنة لانقطاع رجاء التأديب بعد هذه المدة ظاهراً في غالب الأحوال (ألا ترى أنه قد يصير جداً في هذا السن) هذا توضيح لعدم بقاء التأديب عند بلوغه لهذا السن و هو خمسة و عشرون سنة لأنه يصير جداً عند ذلك باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال و هو إثنى عشر سنة و أقل مدة الحمل و هو ستة أشهر و قال أهل الطبائع من بلغ خمساً و عشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى أنه قد بلغ سنا يتصور أن يصير جداً صحيحاً في هذا السن لأن أدنى مدة يحتلم فيه الانسان اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ولد في ستة أشهر ثم يبلغ ذلك الولد في اثنتى عشرة سنة ثم يولد له ولد في ستة أشهر فيصير جداً صحيحاً في خمس و عشرين سنة و من صارفرعه أصلاً فقد يتناهى في الأصلية فاذا لم يؤنس رشده إلى هذه الغاية فالظاهر انقطاع رجاء تأديبه فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك و إلى هذا أشار محمد رحمه الله تعالى في الكتاب فقال أرأيت أنه لو بلغ مبلغاً صار ولده قاضياً و له نافلة

---

(١)رشده. و في البيرى عن النتف الرشد عندنا أن ينفق فيما يحل و يمسك عما يحرم و لا ينفقه في البطالة و المعصية و لا يعمل فيه بالتبذير و الاسراف كذا في الشامية. (٢)فان آنستم الآية. النساء:٦. (٣)و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى. و في المغنى لابن قدامة الحنبلي رحمه الله تعالى ص ٥١١ ج٤. لا يدفع إلى المحجور عليه ماله قبل وجود الأمرين البلوغ و الرشد و لو صار شيخا و هذا قول اكثر أهل العلم قال ابن المنذرؒ أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز و العراق و الشام و مصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيرا كان أو كبيرا و هذا قول القاسمؒ بن محمد بن أبي بكر الصديقؓ و به قال مالك و الشافعي و أبو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى.

فلا فائدة للمنع فلزم الدفع و لأن المنع باعتبار أثر الصبا و هو في أوائل البلوغ و ينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع و لهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه لأنه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله و إنما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا با ع توفيراً لفائدة الحجر عليه و إن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم

---

أكان يحجر على أبيه و يمنع المال منه هذا قبيح فإن قلت قد يصير الإنسان جداً في اثنين و عشرين سنة بأن يبلغ الصبي في اثنى عشر فتزوج بامرأة فولدت لستة أشهر بنتاً فبلغت البنت على تسع سنين فزوجها من رجل و ولدت لستة أشهر فصار جداً في اثنين و عشرين سنة فلم قدره بخمس و عشرين سنة قلت الجد المطلق و هو الجد الصحيح و الفاسد لا اعتبار به الوجه الثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم و إن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه و هو أن منع المال عنه بطريق التأديب و لا تأديب بعد هذه المدة (فلا فائدة للمنع) أي لمنع المال عنه (فلزم الدفع) أي فاذا كان كذلك لزم دفع المال إليه (و لأن المنع باعتبار أثر الصبا) هذا دليل آخر تقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا (و هو) أي أثر الصبا أي وجدانه (في أوائل البلوغ و ينقطع بتطاول الزمان) و قدر ذلك بخمس و عشرين سنة و لأن مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشر سنة و ما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ و قدر ذلك بسبع سنين اعتباراً بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار إليه النبي ﷺ بقوله مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا (فلا يبقى المنع) بعد ذلك (و لهذا) أي و لأجل أن المنع باعتبار أثر الصبا (قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لو بلغ رشيداً) أي لو بلغ الصبي حال كونه رشيداً (ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه لأنه ليس بأثر الصبا) بل لخفة إعترته إما لغضب أو فرح فان قلت الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع إليه قلت الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه و قد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلاً فكان متناهياً في الاصالة (ثم لا يتأتى التفريع) أي لا يحصل التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فإذا با ع لا ينفذ (على قوله) أي على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و إنما التفريع) أي و إنما يحصل التفريع (على قول من يرى الحجر عليه فعندهما) أي فعند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا با ع توفيراً لفائدة الحجر عليه) أي لأجل توفير فائدة الحجر أراد لاظهار فائدة الحجر عليه فيكون موقوفاً (و إن كان فيه مصلحة) بأن كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحاً و كان الثمن باقياً في يده (أجازه الحاكم) أي أجاز الحاكم ذلك البيع الموقوف و إن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسراً أو

**لأن ركن التصرف قد وجد و التوقف للنظر له و قد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع و يقصده و لو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه لا بد من حجر القاضي عنده لأن الحجر دائر بين الضرر و النظر و الحجر لنظره فلا بد من فعل**

لم يبق الثمن في يده لم يجزه لأن فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون في يده شيء من البدل و استدل على الجواز و التوقف بقوله (لأن ركن التصرف قد وجد) و ذلك يوجب الجواز فان قيل إنما يوجب الجواز إذا وجد ركن التصرف من أهله و السفيه ليس بأهل أجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل و السفه لا ينفيه كما تقدم (و التوقف للنظر له) هذا جواب عما يقال فعلام التوقف فأجاب بقوله للنظر له (و قد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى) أي يقصد باجتهاده (المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع و يقصده) أي كما يتحرى الحاكم أو الولي في بيع الصبي و شرائه الذي يعقل البيع بأن يعلم أنه سالب و الشراء بأنه جالب كما مر و قد اشتغل محمد رحمه الله تعالى في كتاب الحجر إلى آخر الكتاب بالتفريع على مذهبه فقال هو بمنزلة الصبي الذي لم يبلغ إذا باع أو اشترى فأجازه الحاكم يجوز و ما لا فلا لأن تصرفاته ليست بباطلة بل هي موقوفة لاحتمال وقوعها مصلحة فاذا رأى القاضي وقوعها مصلحة يجيزها و إلا يردها بمنزلة الصبي الذي يعقل إلا أنه يفارقه في خصال أربعة الاولى لا يجوز لوصيه و لا لأبيه أن يبيع عليه ماله ولا يشترى له إلا بأمر الحاكم و في الذي لم يبلغ يملك ذلك وصيه و أبوه و الثانية إذا أعتق عبداً جاز إعتاقه و يسعى في قيمته و كذا لو دبره يصح تدبيره و لو مات عنه يسعى في قيمته مدبرا و اعتاق الذي لم يبلغ لا يصح أصلا و الثالثة أن وصايا الغلام الذي قد بلغ مفسدا من التدبير و غيره باطلة قياساً و لكن نستحسن أن ما وافق الحق منها و ما تقرب به إلى الله تعالى و ما يكون في غير وجه الفسق جائز كما تجوز وصية غيره و ما يكون سفها لا يجوز و أما وصايا الغلام الذي لم يبلغ لا تجوز أصلا و الرابعة إذا جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه و كانت الجارية أم ولد له فإن ماتت كانت حرة لا سبيل عليها بخلاف الغلام الذي لم يبلغ كذا ذكره في شرح الكافي و ذكر خواهر زاده في مبسوطه من جملة الخصال الأربعة النكاح و الطلاق فقال يجوز نكاح السفيه و لا يجوز نكاح الصبي العاقل و يجوز طلاق السفيه و لا يجوز طلاق الصبي العاقل و لم يذكر الوصايا وادعاء الولد فعلى هذا تكون الخصال التي افترق فيها السفيه و الصبي ستة (و لو باع) أي السفيه (قبل الحجر) أي قبل حجر القاضي (جاز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى) وبه قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى (لأنه لا بد من حجر القاضي عنده لأن الحجر دائر بين الضرر) و هو إهدار آدميته (و النظر) أي في إبقاء المبيع على ملكه كما كان (و الحجر لنظره فلا بد من فعل

القاضي و عند محمد رحمه الله تعالى لا يجوز لأنه يبلغ محجوراً عنده إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا و على هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً و إن أعتق عبداً نفذ عتقه عندهما و عند الشافعي رحمه الله تعالى لا ينفذ و الأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر و ما لا فلا لأن السفيه في معنى الهازل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى و مكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه و العتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه

---

القاضي) ليترجح أحد الجانبين على الآخر (و عند محمد رحمه الله تعالى لا يجوز) و به قال مالك رحمه الله تعالى (لأنه يبلغ محجوراً عنده إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا) و هو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (و على هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً) فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يصير محجوراً حتى يقضي القاضي و عند محمد رحمه الله تعالى يصير محجوراً بمجرد السفه (و إن أعتق عبداً) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً فلم يختص قولهما بالذكر احترازاً عن قوله لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الحكم قبل الحجر و بعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لأنه تأثير للحجر عنده بل احترازاً عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع و الشراء و الإقرار بالمال و عن قول الشافعي رحمه الله تعالى حيث قال (و عند الشافعي رحمه الله تعالى لا ينفذ) و به قال أحمد رحمه الله تعالى و هو قياس قول مالك رحمه الله تعالى لأن تصرفات المحجور عليه غير نافذة (و الأصل عندهما) أي الأصل في هذا الباب عند أبي يوسف و محمد رحمه الله تعالى (أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر و ما لا فلا) أي و ما لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه الحجر (لأن السفيه في معنى الهازل) لا من كل وجه بل (من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء) و النهج بفتح النون و سكون الهاء و هو الطريق الواضح و أما النهج بتحريك الهاء فهو الانبهار و هو تتابع النفس و هو من باب علم يعلم (لإتباع الهوى و مكابرة العقل) أي لأجل متابعة هوى النفس و معاندة العقل لأنه يقصد اللعب دون ما وضع له الكلام (لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه) يعني يخرج السفيه كلامه لا على نهج كلام العقلاء لإتباع الهوى و مكابرة العقل لا لنقصان في عقله (و العتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) أي فيصح العتق من السفيه و فيه بحث من أوجه الاول أن السفيه لو حنث في يمينه و أعتق رقبة لم ينفذه القاضي و كذا لو نذر بهدى أو غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل

و الأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق و الإعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه و إذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لأن الحجر لمعنى النظر و ذلك في رد العتق إلا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض و عن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يجب السعاية

---

لقوله عليه الصلاة و السلام ثلاث جدهن جد و هزلهن جد و قد أثر فيه الحجر بالسفه و الثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق و لم يجب عليه سعاية و المحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية و الحجر أثر فيه و الثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل و الصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل و الجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات و النذور لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين و الحنث و النذر و عن الثاني ما سيجيء في الكتاب و عن الثالث أن قصد اللعب بالكلام و ترك ما وضع له من مكابرة العقل و اتباع الهوى فلا فرق بينهما (و الاصل عنده) أي عند الشافعي رحمه الله تعالى (أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) في أنه لا يزيل الخطاب و لا يخرج من أن يكون أهلاً لإلزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (حتى لا ينفذ بعده) أي بعد الحجر (شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق و الاعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك) أي لا يصح الاعتاق (من السفيه) قلنا ليس السفه كالرق لأن حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى أن تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود و القصاص و هنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذاً (و إذا صح) أي الاعتاق من السفيه (عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (كان على العبد أن يسعى في قيمته لأن الحجر لمعنى النظر و ذلك) أي النظر (في رد العتق) أي إبطاله (إلا أنه متعذر) أي إلا أن رد العتق متعذر لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة) أي رد العتق برد العبد قيمته إليه بالإستسعاء (كما في الحجر على المريض) يعني لو أعتق عبده في مرضه تجب السعاية في كل قيمته للغرماء أو في ثلثي قيمته للورثة إذا لم يكن عليه دين و لا مال له سواه لتعذر رد العتق فكان رده يوجب السعاية لحق الغرماء أو الورثة (و عن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يجب السعاية) أي أن الشأن لا يجب السعاية على العبد جعل في المبسوط هذه الرواية عنه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى

لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً لمعتقه و السعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق و لو دبر عبده جاز لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته إلا أنه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً لأنه باق على ملكه و إذا مات و لم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً لأنه عتق بموته و هو مدبر فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير و لو جآءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه و كان الولد حراً و الجارية

---

الأخير و أما قوله الاول كقول محمد رحمه الله تعالى في وجوب السعاية (لأنها) أى لأن السعاية (لو وجبت إنما تجب حقاً لمعتقه و السعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق) كما في اعتاق أحد الشريكين فإنه يسعى للساكت و لو ظاهر عن امرأته و صام أجزأه لأنه بمنزلة الغائب عن ماله و لو أعتق عبده عن ظهاره سعى الغلام في جميع قيمته ثم لا يجزئه عن ظهاره لأنه يكون اعتاقاً بعوض فإن صام المفسد أحد الشهرين ثم صار مصلحاً لم يجزه إلا العتق بمنزلة معسر أيسر كذا في شرح الكافي (و لو دبر) أى السفيه (عبده جاز لأنه) أى لأن التدبير دل عليه قوله دبر (يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) أى بحقيقة العتق لأنه لما ملك إنشاء حقيقة العتق فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى (إلا أنه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً لأنه باق على ملكه) فلا يمكن إيجاب السعاية لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال و قبل العبد صح التدبير و لم يجب المال بخلاف ما لو كاتبه أو أعتقه على مال حيث يصح لأنه لم يبق على ملكه حقيقة أو يداً أشار إليه في المبسوط (و إذا مات و لم يؤنس منه الرشد سعى (١) في قيمته مدبراً لأنه عتق بموته و هو مدبر فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير) أى كما إذا أعتقه في حياته بعد أن دبره تجب السعاية فكذا هنا ألا ترى أن مصلحاً لو دبر عبده في صحته ثم مات و عليه دين مستغرق تجب السعاية عليه في قيمته مدبراً لغرمائه فكذا ههنا قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قناً لأن العتق حصل بالتدبير السابق و هو في تلك الحالة يوجب السعاية قناً كما لو أعتقه أجيب بأن الاصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله إلا أنه جعل ههنا سبباً قبله ضرورة فلا تظهر سببيته في إيجاب السعاية عليه قناً و إنما تظهر في حق المنع عن البيع و تعلق العتق بموته لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لأن التدبير وصية و فيها يسعى العبد كذلك و أجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير ألا ترى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (و لو جآءت جاريته) أى جارية الذى بلغ غير رشيد (بولد فادعاه يثبت (٢) نسبه منه و كان الولد

---

(١) سعى في قيمته مدبرا و قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا و قيل نصفها و عليه الفتوى كذا في الجوهرة. (٢) يثبت =>

أم ولد له لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله فألحق بالمصلح فى حقه و إن لم يكن معها ولد و قال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها و إن مات سعت فى جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها و نظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال

---

حراً و الجارية أم ولد له لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله) و إبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته (فألحق بالمصلح) أى فألحق السفيه بالمصلح (فى حقه) أى فى حق الاستيلاد نظراً له و لا نعلم فيه خلافاً للثلاثة رحمهم الله تعالى (و إن لم يكن معها) أى مع الجارية (ولد و قال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها) لأن دعوته كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها (و إن مات) أى السفيه بعد هذه الدعوة (سعت) أى الجارية (فى جميع (١) قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية) أى لأن إقراره بأمومية الولد بدون الولد كالإقرار بالحرية (إذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها و تسعى فى قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الأول) و هو ما إذا كان معها ولد (لأن الولد شاهد لها) فى إبطال حق الغير فكذا فى دفع حكم الحجر عن تصرفه (و نظيره) أى نظير حكم هذه المسألة بالوجهين (المريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل) و هو الفرق الذى ذكره بين الدعوة بالولد و الدعوة بدون الولد فان كان معها ولد لا تسعى بعد موته و إن لم يكن تسعى لحاجته إلى إبقاء نسله فيكون مقدماً على حق الغرماء (قال) أى القدورى

---

=> نسبه منه الخ. قال الاتقانى ثم لا يصدق السفيه فى إقراره بالنسب إذا كان رجلا إلا فى أربعة أشياء فى الوالد و الولد و الزوجة و مولى العتاقة لأن السفيه و المصلح فى حق إثبات النسب سواء و المصلح إنما يصدق فى إقراره بالنسب فى الأربعة التى ذكرنا لأنه يقر على نفسه فأما فيما عدا ذلك فلا يصدق لأنه تحميل النسب على الغير فكذا هذا و إن كانت المفسدة إمرأة فانها تصدق فى ثلاثة أشياء بالوالد و الزوج و مولى العتاقة و لا تصدق فى الولد لأنه تحميل النسب على غيرها فى الولد و هى و المصلحة فى ذلك سواء ثم إذا صدق فى إقراره فى حق هؤلاء إن ثبت عسر هؤلاء بالبينة فانه يجب النفقة فى ماله و إن لم يثبت عسرهم بالبينة و لكن السفيه أقر بعسرهم فانه لا تجب النفقة و ذلك لأن نفقة الأقارب إنما تستحق بالقرابة و العسر فيضاف الاستحقاق إلى آخرهما ثبوتا و متى كان العسر ثابتا و آخرهما ثبوتا النسب فيكون مقرا بالنسب لا بالمال على نفسه و إقراره بالنسب جائز فاذا أقر بالعسر بعد النسب يكون وجوب النفقة مضافا إلى العسر و إذا كان مضافا إليه فقد جعل مقرا بايجاب مال على نفسه لا بالنسب فلا يصدق و كذلك إن أقر للمرأة بنفقة ما مضى لم يصدق إلا ببينة لأن نفقة المرأة لا تصير دينا فيما مضى إلا بقضاء أو رضا و لم يعرف ذلك إلا بقوله فيصير مقرا بايجاب دين على نفسه فلا يصدق إلا أن تقوم على ذلك بينة لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه اه كذا فى الهامش على التبيين. (١) فى جميع قيمتها و هى ثلث قيمتها قنا كذا فى الجوهرة.

و إن تزوج امرأة جاز نكاحها لأنه لا يؤثر فيه الهزل و لأنه من حوائجه الأصلية و إن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها لأنه من ضرورات النكاح و بطل الفضل لأنه لا ضرورة فيه و هو التزام بالتسمية و لا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمريض مرض الموت و لو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل و كذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة

---

(و إن تزوج امرأة جاز نكاحها) و لفظ المبسوطين جاز نكاحه و به قال أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي و مالك و أبو الخطاب الحنبلي رحمهم الله تعالى لا يجوز بغير إذن الولي لأنه عقد معاوضة كالشراء فلا يجوز بدون إذن وليه (لأنه لا يؤثر فيه الهزل) أي لأن النكاح لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه (و لأنه) أي النكاح (من حوائجه الأصلية و إن سمى لها مهراً جاز منه) أي من المهر (مقدار مثلها لأنه) أي لأن مقدار مهر المثل (من ضرورات النكاح و بطل (١) الفضل لأنه لا ضرورة فيه) أي في الفضل على مقدار مهر المثل (و هو التزام بالتسمية) أي ما فضل و زاد على مقدار مهر المثل التزام بالتسمية في العقد (و لا نظر له فيه) أي و لا نظر للسفيه فيما فضل عليه (فلم تصح الزيادة) أي إذا لم يكن له فيه نظر فلم تصح تلك الزيادة على مقدار مهر المثل (فصار) أي حكم هذا (كالمريض مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل و سقوط الزيادة فيما إذا تزوج المريض بأكثر من مهر مثلها إلا أن الزيادة في المريض يعتبر من الثلث و ههنا غير معتبرة أصلاً (و لو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف) أي نصف مقدار مهر المثل (في ماله) أي مال السفيه (لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل) و إنما الباطل تسمية ما زاد على مقدار مهر المثل (و كذا إذا تزوج بأربع نسوة) هذا عطف على قوله و إذا تزوج امرأة جاز نكاحها أي إذا تزوج بأربع نسوة في عقد واحد كذلك يعتبر مهر المثل و تبطل الزيادة (أو كل يوم واحدة) أي أو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها و فعل ذلك مراراً فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل و تبطل الزيادة بهذا (٢) يحتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى على أن لا فائدة في الحجر عليه لأنه لا يسد

---

(١) بطل الفضل. و هذا على مذهبهما لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تصرف السفيه المحجور عليه كتصرف المصلح فلا يبطل الفضل اه اتقاني كذا في الهامش على التبيين. (٢) بهذا يحتج ابو حنيفة رحمه الله تعالى الخ. أقول قال الاتقاني لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق لأن السفه المعتاد ما يحصل به نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا و ليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يحصل إليه لذة أو راحة غرض و بعد الدخول إن تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور له المجاوزة عن حده و السفه مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده بعذر السفه لأن طريق رده أن يلحقه بالهازل و الهازل و الجادّ في هذا سواء اه و فيه تأمل كذا في السعدية.

لما بينا قال و يخرج الزكاة من مال السفيه لأنها واجبة عليه و ينفق على أولاده و زوجته و من تجب نفقته عليه من ذوى أرحامه لأن إحياء ولده و زوجته من حوائجه و الانفاق على ذى الرحم واجب عليه حقاً لقرابته و السفه لا يبطل حقوق الناس إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه فى غير وجهه و فى النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفها لأنها (١) ليست بعبادة فلا يحتاج إلى نيته و هذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال

---

عليه باب إتلاف المال عليه فانه يتلف ماله بهذا الطريق إذا عجز عن إتلافه بطريق البيع و الهبة (لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه من ضرورات النكاح (قال) أى القدورىّ (و يخرج الزكاة من مال السفيه لأنها) أى لأن الزكاة (واجبة عليه) لأنه كامل العقل مخاطب بحقوق الله تعالى فلا تبطل بسفهه (و ينفق على أولاده و زوجته و من تجب نفقته عليه من ذوى أرحامه لأن إحياء ولده و زوجته من حوائجه و الانفاق على ذى الرحم واجب عليه حقاً لقرابته و السفه لا يبطل حقوق الناس) الأصل فيه أن كل ما وجب عليه بإيجاب الله تعالى كالزكاة و حجة الإسلام أو كان حقا للناس فهو و المصلح فيه سواء لأنه مخاطب (إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة) و العبادة لا تتأدى إلا بالنية (لكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه فى غير وجهه) لأنه لا يهتدى الى طريق الرشاد لسفهه (و فى النفقة يدفع) أى القاضى (إلى أمينه) أى أمين القاضى و فى بعض النسخ إلى أمينها أى أمين المرأة (ليصرفه) أى ليصرف الأمين المال المخروج للنفقة إلى مستحقه (لأنه) أى لأن صرف النفقة (ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته) و فى المبسوط فرق بين نفقة الوالدين و بين نفقة غير هما فقال ينبغى للقاضى أن لا يأخذ بقول السفيه فى دفع المال إلى ذوى الأرحام للنفقة حتى يقيم القريب بينة على القرابة و العسرة لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه فلا يلزم إقراره شيئاً إلا فى الولد فان الزوجين إذا تصادقا على النسب قبل قولهما لأن كل واحد منهما فى تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب و السفه لا يؤثر فى منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من إثبات عسرة المقر له و كذا يصح اقراره بالزوجية و يجب مهر مثلها و النفقة (و هذا) أى ما ذكرناه مما أوجبه الله و ما كان من حقوق الناس قيل أى هذا الذى ذكره القدورىّ من إخراج الزكاة من مال السفيه و الانفاق منه على أولاده و زوجته (بخلاف ما إذا حلف) بالله (أو نذر) نذراً من هدى أو صدقة (أو ظاهر) من امرأته (حيث لا يلزمه المال) فلا ينفذ

---

(١) لأنها ليست. ن. لأنه ليس.

بل يكفر يمينه و ظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذّر أمواله بهذا الطريق و لا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها (١) واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه و لا يسلم القاضى النفقة إليه و يسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج كيلا يتلفها فى غير هذا الوجه و لو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً لاختلاف العلماء فى وجوبها

القاضى شيئاً من ذلك و لم يدعه يكفر أيمانه بالمال (بل يكفر يمينه و ظهاره بالصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات و عن كل ظهار شهرين متتابعين و ان كان مالكاً للمال حال التكفير (لأنه مما يجب بفعله) أى لأن كل واحد مما يجب بفعله إذاً بسبب التزامه (فلو فتحنا هذا الباب) أى لزوم المال فى هذه الأشياء (يبذّر أمواله بهذا الطريق) حيث يحلف كل يوم مراراً و يحنث أو ينذر نذوراً أو يظاهر مراراً و فيه تضييع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنّى يصح مع القدرة عليها أجيب بأن الاستطاعة منتفية لأن دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم و مع السعاية لا يقع العتق من الظهار (و لا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله) كالزكاة و حجة الإسلام و نحوهما لأنه مخاطب و بسبب الفساد لا يستحق النظر فى اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه (قال) أى القدورىّ (فان أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) أى من الحجة و ليس فيه خلاف (لأنه) و فى بعض النسخ لأنها أى لأن حجة الاسلام و على الأول أى لأن الحج (واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه و لا يسلم القاضى النفقة إليه و يسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج كيلا يتلفها فى غير هذا الوجه و لو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً) و فى القياس يمنع لأن العمرة عندنا تطوع فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعاً بعد حجة الاسلام و أشار إلى وجه الاستحسان بقوله (لاختلاف العلماء فى وجوبها) فانها عند الشافعى رحمه الله تعالى فرض و الأخبار متعارضة فيها و الظاهر قوله تعالى ﴿و أتموا (٢) الحج و العمرة لله﴾ فلهذا أخذ بالاحتياط فى أمر الدين و هو من جملة النظر له فان (٣) جنى جناية فان

(١)لأنها واجبة. ن. لأنه واجب. (٢)و أتموا الحج الآية. البقرة:١٩٦. (٣)فان جنى الخ. و فى الهندية: و ان جنى فى احرامه ينظر ان كان جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد و الحلق من أذى و نحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم و إن كان جناية لا يجزىء فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة و التطيب و ترك الواجبات فانه يلزمه الدم و لكن لا يمكن من التكفير فى الحال بل يؤخر إلى أن يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذى لا يجد مالا و العبد المأذون له فى الاحرام كذا فى التبيين و لو جامع امرأته بعد ما وقف بعرفة فعليه بدنة يتأخر إلى أن يصير مصلحا و إن جامعها قبل أن يقف بعرفة لم يمنع نفقة المضى فى احرامه و لا يمنع نفقة العود من عام قابل للقضاء و =>

بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج و لا يمنع من القران لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما و لا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع الخلاف إذ عند عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما لا يجزئه غيرها

كانت مما يجزىء فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا و إن لم يكن و لزمه الدم يؤدى إذا أصلح (بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج) يعني يمنع من ذلك (و لا يمنع من القران لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما) أى من الحج و العمرة (فلا يمنع من الجمع بينهما و لا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع الخلاف) فالخلاف في غير البدنة لا فى السوق (إذ عند عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما لا يجزئه غيرها) أى غير البدنة و عندنا يلزم القارن هدى و تجزئه الشاة و لكن البدنة أفضل أخذاً بالاحتياط فى أمر الدين و يكون فعله أقرب إلى فعل النبى عليه الصلاة و السلام فلا يمنع عن سوق البدنة قوله إذ عند ابن عمر رضي الله تعالى عنه لا يجزئه غيرها لم يثبت بهذا النص و إنما الذى روى عنه أنه لا يرى البدنة إلا من الإبل و البقر على ما روى (١) الطبرانيّ فى مسند الشاميين حدثنا أبو زرعة ثنا أبو اليمان الحكم بن نافع أخبرني شعيب عن الزهرى أخبرني سالم أن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما كان يقول لا أعلم الهدى الا من الإبل و البقر و

=> يمنع من الكفارة و العمرة فى هذا كالحج و لو أن هذا المحجور عليه قضى حجة الاسلام إلا طواف الزيارة ثم رجع إلى أهله و لم يطف طواف الصدر فانه يطلق له نفقة الرجوع للطواف و يصنع فى الرجوع مثل ما يصنع فى ابتداء الحج و لكن يأمر الذى يلى النفقة عليه أن لا ينفق عليه راجعا ثم يطوف بالبيت بحضرته و إن طاف جنبا ثم رجع إلى أهله لم يطلق له نفقة الرجوع للطواف و لكن عليه بدنة لطواف الزيارة و شاة لطواف الصدر يؤدّيهما اذا صلح و إن أحصر فى حجة الاسلام فانه ينبغى للذى أعطى نفقته أن يبعث بهدى فيتحلل به كذا فى المبسوط و لو أحرم بحجة تطوّعا أو بعمرة تطوعا فان القاضي يعطيه النفقة مقدار ما يكفيه كذا فى فتاوى قاضيخان و لو أن هذا المحجور أحرم بحجة تطوعا لم ينفق عليه فى قضائها نفقة السفر و لكن يجعل له من النفقه ما يكفيه فى منزله و لا يزاد له على ذلك ما يحتاج اليه فى السفر من زيادة النفقة و الراحلة ثم يقال له ان شئت فاخرج ماشيا و إن كان موسرا كثير المال و قد كان الحاكم يوسع عليه فى منزله بذلك و كان فيما يعطيه من النفقة فضل على قوته فقال أنا أتكارى بذلك و أنفق على نفسى بالمعروف أطلق له ذلك من غير أن يدفع إليه النفقة و لكن يدفعها إلى ثقة ينفقها عليه على ما أراد و إن لم يقدر على الخروج ماشيا و مكث حراما و طال به ذلك حتى دخله من احرامه ذلك ضرورة يخاف عليه من ذلك مرضا أو غيره فلا بأس اذا جاءت الضرورة أن ينفق عليه من ماله حتى يقضى احرامه و يرجع و كذلك لو أحصر فى احرام التطوع لم يبعث الهدى عنه إلا أن يشاء أن يبعث بهدى من نفقته و ان شاء ذلك لا يمنع منه فان لم يكن فى نفقته ما يقدر على أن يبعث ذلك منه تركه على حاله حتى تأتي الضرورة التى وصفت لك ثم يبعث بهدى من ماله يحل به و إنما ينظر فى هذا إلى ما يصلحه و يصلح ماله كذا فى المبسوط. (١)روى الطبرانيّ الخ. كذا فى نصب الراية ص١٦٥ ج٤.

**و هي جزور أو بقرة فإن مرض و أوصى بوصايا في القرب و أبواب الخير جاز ذلك في ثلثه لأن نظره فيه إذ هي**

---

كان عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما لا ينحر فى الحج الا الإبل و البقر فان لم يجد لم يذبح لذلك شيئاً و روى (١) مالك رحمه الله تعالى فى الموطأ فى الحج أخبرنا مالك رحمه الله تعالى عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما كان يقول ما استيسر من الهدى بدنة أو بقرة (و هى) أى البدنة (جزور) (٢) بفتح الجيم و هو من الإبل يقع على الذكر و الأنثى و الجمع جزر و قيل الجزور الناقة التى تنحر و الجمع جزائر و لا يقال للجمل جزورا و الجزور إذا أفرد أنث لأن أكثر ما ينحرون النوق (أو بقرة) (٣) و هى تقع على الذكر و الأنثى و إنما دخلته الهاء على أنه واحد من جنس و الجمع بقرات و أما البقر فهو اسم جنس (فان مرض) قيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً تكون فى المرض فان السفيه الصحيح إذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض (و أوصى بوصايا فى القرب) بضم القاف و فتح الراء جمع قربة و هى ما يتقرب به إلى الله تعالى بواسطة كبناء المساجد و السقاية و الرباط و نحو ذلك (و أبواب الخير) عطف على القرب من قبيل عطف العام على الخاص لأن أبواب الخير أعم من القرب لأن القربة تكون بواسطة كما ذكرنا و أبواب الخير أعم منها و هذا كالكفالة مع الضمان فان الكفالة خاص و الضمان عام فافهم (جاز ذلك فى ثلثه) أى ثلث ماله استحساناً و القياس ينفيها كما لو تبرع فى حياته و استحسنوا فيها إذا وافق الحق و ما يتقرب به إلى الله تعالى أن يكون من الثلث (لأن نظره فيه) أى فى جواز ذلك (إذ هى) أى حالة المرض

---

(١)روى مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا فى نصب الراية ص١٦٥ ج٤. أقول: و فى المؤطا المطبوع فى الهند (باب) ما استيسر من الهدى ص٤٠٧ مالك رحمه الله تعالى عن نافع أن عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما كان يقول ما استيسر من الهدى شاة أو بقرة اه و لكن فى الموطأ للامام محمد بن الحسن الشيبانى رحمه الله تعالى باب المعتمر أو المعتمرة ما تجب عليهما من التقصير و الهدى ص٢١٩ أخبرنا مالك رحمه الله تعالى أخبرنا نافع أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما كان يقول ما استيسر من الهدى بعير أو بقرة قال محمد رحمه الله تعالى و بقول على رضى الله تعالى عنه نأخذ ما استيسر من الهدى شاة و هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و العامة من فقهائنا رحمهم الله تعالى اه. (٢)جزور الخ. و فى تاج العروس مع القاموس: (الجزور) كصبور (البعير أو خاص بالناقة المجزورة) و الصحيح أنه يقع على الذكر و الأنثى كما حققه الأئمة و هو يؤنث لأن اللفظ سماعية و قال الجزور إذا أفرد أنث لأن أكثر ما ينحرون النوق و فى حاشية الشهاب الجزور رأس من الابل ناقة أو جملاً سميت بذلك لأنها لما يجزر أى و هى مؤنث سماعى و إن عمت ففيها شبه تغليب فافهم (ج جزائر و جزر) بضمتين (و جزرات) جمع الجمع كطرق و طرقات (و) الجزور (ما يذبح من الشاء واحدتها جزرة) بفتح فسكون (و أجزره أعطاه شاة يذبحها) اه. (٣)بقرة الخ. و فى تاج العروس مع القاموس: (البقرة) من الاهلى و الوحشي يكون (للمذكر و المؤنث) و يقع على =>

حالة انقطاعه عن أمواله و الوصية تخلف ثناء أو ثواباً و قد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال و لا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا و الفسق الأصلي و الطارى سواء و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحجر عليه زجراً له و عقوبة عليه كما في السفيه و لهذا لم يجعل أهلاً للولاية و الشهادة عنده و لنا قوله تعالى ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ الآية

(حالة انقطاعه عن أمواله و الوصية تخلف ثناء) حسناً بعد موته إذا كان للغني (أو ثواباً) أي أو تخلف ثواباً إذا كان للفقير فان قلت في الغني أيضاً ثواب لأنه إيصال خير وإحسان إلى أخيه المؤمن و لا سيما إذا قصد به أن يتوسع في النفقة على عياله و في الفقير أيضاً ثناء حسن فكان ينبغي أن يقول ثناء و ثواباً بدون أو قلت هذا باعتبار الغالب بحسب الظاهر حيث يكون الثناء غالباً من الغني و حصول الثواب فيه ضمني كحصول الثناء في الفقير (و قد ذكرنا في التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) منها ما ذكره فيه أن الذي بلغ سفيهاً و الصبي الذي لم يبلغ و هو يعقل ما يصنعه عندنا سواء إلا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للأب و لوصي الأب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالا و يبيع و لا يجوز تصرف الأب و لا وصي الأب على البالغ السفيه إلا بأمر الحاكم و الثاني أنه يجوز نكاحه و لا يجوز نكاح الصبي العاقل و الثالث أنه يجوز طلاقه و عتاقه و لا يجوز طلاق الصبي العاقل و لا عتاقه و الرابع أن الذي لم يبلغ إذا دبر عبده لا يصح تدبيره و هذا السفيه إذا دبر عبده صح تدبيره انتهى و هكذا ذكره في المبسوط و المغني (قال) أي القدوري (و لا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا و الفسق الأصلي و الطارى سواء) يقال طرأ علينا فلان جآء علينا من بعيد فجاءة و الطارى خلاف الأصلي و الصواب طارىء بالهمزة (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحجر عليه زجراً له و عقوبة عليه كما في السفيه و لهذا) أي و لوجوب الحجر عليه زجراً و عقوبة (لم يجعل أهلاً) أي لم يجعل الفاسق أهلا (للولاية) أي لولاية النكاح (و الشهادة عنده) أي عند الشافعي رحمه الله تعالى (و لنا قوله تعالى ﴿فإن آنستم منهم رشداً﴾) أي تهدياً إلى الطريق المستقيم (فادفعوا إليهم أموالهم الآية) بالنصب أي إقرأ الآية و يجوز الرفع أي

=> الذكر و الأنثى كذا في المحكم و إنما دخلته الهاء على أنه واحد من جنس معروف (ج بقر) بحذف الهاء (و بقرات و بقر بضمتين و بقار) كرمان (و أبقور) وزان أفعول (و بواقر) و هذا الأخير نقله الأزهرى عن الاصمعي (و أما باقر و بقير و بيقور و باقور و باقورة فاسماء للجمع) و هذا نص عبارة المحكم و قال جمع البقر أبقر كزمن و أزمن و في جمهرة ابن دريد و باقر و بقير جمع البقر اه ملخصا.

و قد أونس نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة و لأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف و قد قررناه فيما تقدم و يحجر القاضى عندهما أيضاً و هو قول الشافعى رحمه الله تعالى بسبب الغفلة و هو أن يغبن فى التجارات و لا يصبر عنها لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له.

## فصل فى حد البلوغ

الآية بتمامها فيكون مرفوعاً بالابتداء و الخبر محذوف ثم أشار إلى وجه الاستدلال بالآية بقوله (و قد أونس نوع رشد) لأنه مصلح فى ماله و إن لم يكن مصلحاً فى دينه (فيتناوله النكرة المطلقة) أى يتناول النكرة المطلقة نوع الرشد و هى فى قوله تعالى ﴿فإن آنستم منهم رشداً﴾ فإنه ذكر الرشد نكرة و النكرة فى موضع الإثبات تخص و لا تعم فيراد به رشد واحد و قد وجد ذلك و هو الصلاح فى المال و هو المراد فلا يكون الرشد فى الدين مراداً لأنه حينئذ يكون معلقاً برشدين فلا يجوز ذلك لعدم الدليل على العموم و عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه المراد بالرشد الصلاح فى المال و عن مجاهدؒ فى العقل و فى شرح الطحاوى المراد بالرشد الصلاح فى المال و به قال مالك و أحمد و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى (و لأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف و قد قررناه فيما تقدم) أى فى أول كتاب النكاح (و يحجر القاضى عندهما أيضاً هذه مسألة مبتدأة أى يحجر القاضى أيضاً عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و هو قول الشافعى رحمه الله تعالى بسبب الغفلة) و عند مالك و أحمد رحمهما الله تعالى لا يحجر بسبب الغفلة لبلوغه و عقله و رشده (و هو أن يغبن فى التجارات و لا يصبر عنها) أى عن التجارات (لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له) و اعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبى ﷺ فانه ما حجر على حبان بن منقذؓ و كان يغبن فى التجارات بل قال ﷺ له قل لا خلابة و لى الخيار ثلاثة أيام و أجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ﴿و لا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعةؒ قيل هذا مردود لأن ذلك لمنع المال و ليس النزاع فيه و إنما النزاع فى الحجر قلت فيه نظر لأن فى حديث حبان بن منقذؓ نوع حجر لأن النبى ﷺ أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور فى البيوع المطلقة فافهم.

(فصل فى حد البلوغ)

أى هذا فصل فى بيان معرفة حد البلوغ و لما ذكر أن الصغر من أسباب الحجر لا بد من بيان انتهائه و هذا الفصل لبيان ذلك و حد البلوغ صيرورة الإنسان بحال لو جامع ينزل و ذلك مما يعرف فى

**قال بلوغ الغلام بالاحتلام و الإحبال و الإنزال إذا وطيء فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى**

الرجل و المرأة بقولهما نحو أن يقول أنزلت أو احتملت أو حبلت و ما يجرى مجراه لأنه أمر يوقف عليه من جهتهما فيقبل فيه قولهما كقول المرأة في الحيض (قال) أي القدوري (بلوغ الغلام بالاحتلام) البلوغ في اللغة الوصول و في الاصطلاح انتهاء حد الصغر و الاحتلام من الحلم بالضم و هو ما يراه النائم يقال حلم و احتلم فبلوغ الغلام يكون بالاحتلام (و الاحبال و الانزال إذا وطيء) و الأصل هو الإنزال قال الله تعالى ﴿و إذا (١) بلغ الاطفال منكم الحلم﴾ و هذا بالاجماع بلا خلاف و كذلك بلوغ الجارية بالحيض و الاحتلام و الحبل بالاجماع و أما نبات الشعر الخشن حول ذكر الرجل أو فرج المرأة بحيث يستحق أخذه بموسى فعلامة البلوغ عند أحمد و لا اعتبار له في قولنا و أما الزغب الضعيف فلا اعتبار له بالاتفاق إلا في قول من الشافعي رحمه الله تعالى و في الغاية و قال أصحابنا إن انبات العانة لا يدل على البلوغ خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و قال في شرح الطحاوي و روى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه اعتبر نبات العانة و أما (٢) نهود الثدى فلا يحكم بالبلوغ به في ظاهر الرواية و قال بعضهم يحكم به و في الكشاف في تفسير سورة النور و عن علي رضي الله تعالى عنه أنه كان يعتبر القامة و يقدره بخمسة أشبار و به أخذ الفرزدق في قوله:

ما زال مذ عقدت يداه إزاره ... وسما فادرك خمسة الأشبار

(فان لم يوجد ذلك) أي واحد من الأشياء المذكورة (فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) بفتح العددين للتركيب و حذف التاء من ثمانية و اثباتها في عشرة و بكسر الشين

---

(١) و إذا بلغ الآية. النور: ٥٩. و عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه قال حفظت عن رسول الله ﷺ و سلم لا يتم بعد احتلام و لا صمات يوم إلى الليل رواه أبو داود (في الوصايا باب ما جآء متى ينقطع اليتم ص ٤١ ج٢) و سكت عليه و حسّنه النووي متمسكا لسكوت أبي داود عليه و أعلّه عبدالحق و ابن القطان و غيرهما بيحيى بن محمد المدني البخاري و يحيى المذكور وثقه العجلي و ابن عدي و قال البخاري يتكلمون فيه و قال ابن حبان يجب التنكب عما انفرد به من الروايات و قال العقيلي لا يتابع يحيى المذكور على هذا الحديث و رواه الطبراني في الصغير بسند آخر عن علي رضي الله تعالى عنه كذا في النيل باب علامة البلوغ ص ٢٨٠ ج٥ ملخصا أقول دلالة الحديث على البلوغ بالانزال ظاهرة و مع ذلك الأمر أغنى عن البيان لكونه مجمعا عليه عند الناس و شذ المنصور مانعه فلم يجعله علامة للبلوغ في الأنثى و هو قول لا يعبأ به فتدبر كذا في الاعلاء. (٢) و أما نهود الثدى الخ. و في الشامية: و أما نهود الثدى فذكر الحموي أنه لا يحكم به في ظاهر الرواية و كذا نقل الصوت كما في شرح النظم الهاملي أبو السعود و كذا شعر الساق و الابط و الشارب.

و بلوغ الجارية بالحيض و الاحتلام و الحبل فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إذا تم للغلام و الجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و عنه في الغلام تسع عشرة سنة و قيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة و يتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف و قيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة

---

في عشرة و قد تسكن و كذلك الكلام في سبع عشرة (و بلوغ الجارية بالحيض و الإحتلام و الحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و قالا) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إذا تم للغلام و الجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) و (١) أحمدؒ أيضاً و عليه الفتوى و قال داودؒ لا حد للبلوغ من السن لقوله عليه الصلاة و السلام رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم و اثبات البلوغ لغيره يخالف الخبر و هذا قول مالك رحمه الله تعالى و قال أصحاب مالك رحمه الله تعالى سبع عشرة أو ثماني عشرة كقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و عنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى (في الغلام تسع عشرة و قيل المراد أن يطعن) أي أن يدخل (في التاسع عشرة سنة) يقال طعن في السن يطعن طعناً من باب نصر و من باب فتح و كذا طعنه بالرمح إذا ضربه و وخزه به و طعن في المفازة إذا ذهب من هذين البابين (و يتم له ثماني عشرة سنة) و كان القياس يقتضي أن يقال في التاسعة عشرة لأن المعنى في السنة التاسعة عشرة إلا إذا أريد بها العدد من السنين فحينئذ يجوز أن يقال في التاسع عشرة (فلا اختلاف) أي إذا كان هذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا اختلاف بين الروايتين (و قيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ المبسوط (حتى يستكمل تسع عشر سنة) فلفظة حتى يستكمل الخ يدل على اختلاف الرواية و قال الحاكمؒ في الكافي و لا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم أو يبلغ أدنى ما يكون من وقت الاحتلام و ذلك عندنا تسع عشرة سنة فإذا بلغ ذلك الوقت و لم يحتلم فهو بمنزلة الرجل و قال أبو الفضلؒ ذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة من رواية أبي سليمانؒ في موضعين فقال في أحدهما بلوغ الغلام أن يكمل له تسع عشرة سنة و بلوغ الجارية أن يكمل لها سبع عشرة سنة و قال في موضع آخر أن يطعن الغلام في التاسع عشرة و تطعن الجارية في السابع

---

(١) و احمدؒ كذا في المغني ص ٥١٤ ج ٤.

أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة و الحبل و الإحبال لا يكون إلا مع الإنزال و كذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ و أدنى المدة لذلك فى حق الغلام إثنتا عشرة سنة و فى حق الجارية تسع سنين و أما السن فلهم العادة الفاشية فى أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة

---

عشرة و هذا هو المشهور من قوله و وجدت القول على هذا متفقاً في كتاب الوكالة من رواية أبى حفص و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى ببلوغ الغلام و الجارية بخمس عشرة سنة فإذا تمت جاز طلاقه و إن لم يحتلم انتهى لفظه و ذكر الطحاوى رحمه الله تعالى فى شرح الآثار فى كتاب السير و كان محمد بن الحسن يذهب فى الغلام إلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى و فى الجارية إلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال القدورى رحمه الله تعالى فى باب من أحق بالامامة من شرح مختصر الكرخى و روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال فى الرقة فى الغلام خمس عشرة و فى الجارية سبع عشرة و قال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى و على قول أبى يوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى ببلوغ الجارية و الغلام يتقدر بخمس عشرة سنة (أما العلامة فلأن البلوغ بالانزال حقيقة) كما ذكرنا (و الحبل و الإحبال لا يكون إلا مع الانزال و كذا الحيض فى أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ و أدنى المدة لذلك) أى للبلوغ (فى حق الغلام إثنتا عشرة سنة و فى حق الجارية تسع سنين) و هذا لا يعرف إلا سماعاً أو تتبعاً و قال تاج الشريعة لما روى أن عائشة رضى الله تعالى عنها بلغت على رأس تسع سنين و روى أن النبى عليه الصلاة و السلام بنى بها حين صار لها تسع سنين و معلوم أن البناء من رسول الله ﷺ لا يكون إلا للتوالد و التناسل و لا يتحققان إلا بعد البلوغ فعلم بذلك بلوغها انتهى قلت تزوج النبى عليه الصلاة و السلام عائشة رضى الله تعالى عنها و عمرها ست سنين و بنى بها و عمرها تسع سنين كما فى الصحاح و غيرها (و أما السن) عطف على قوله أما العلامة (فلهم) أى فلابى يوسف و محمد و الشافعى رحمهم الله تعالى (العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما) أى العادة الظاهرة الغالبة أن البلوغ لا يتأخر فى الغلام و الجارية (عن هذه المدة) أي خمس عشرة سنة و لأنه روى (١) أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد و أنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى و عرضت

---

(١) روى أن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما الخ. أخرجه البخارى فى الشهادات باب بلوغ الصبيان و شهادتهم ص٣٦٦ ج١ و فى المغازى باب غزوة الخندق ص٥٨٨ ج٢ و ابو داود فى الحدود باب فى الغلام يصيب الحد ص٢٥٧ ج٢ و الترمذى فى الجهاد باب ما جآء فى حد بلوغ الرجل و متى يفرض له ص٢٠٤ ج١ و ابن ماجة فى الحدود باب من لا يجب عليه الحد ص١٨٥ و اللفظ له.

و له قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشده﴾

عليه يوم الخندق و أنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني و عن أنس رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له و ما عليه و أقيمت عليه الحدود قلت حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما فى الصحاح و لكن لا يدل على مدعاهم لأن الاجازة للقتال حكمها منوط بالطاقة و القدرة عليه و ان إجازته عليه الصلاة و السلام له فى خمس عشرة لأنه رآه مطيقاً للقتال و لم يكن مطيقاً له قبل ذلك لا لأنه أراد الحكم على البلوغ و عدمه و يدل عليه ما روى (١) عن سمرة بن جندب رضى الله تعالى عنه قال كان رسول الله ﷺ يعرض غلمان الانصار فى كل عام فيلحق من أدرك منهم قال و عرضت عاما فألحق غلاماً ردنى فقلت يا رسول الله لقد ألحقته و رددتنى و لو صارعته لصرعته قال فصارعه فصارعته فصرعته فألحقنى قال الحاكم صحيح الاسناد و فى الاستيعاب لابن عبدالبر عن الواقدى أنه عليه الصلاة و السلام استصغر عمير بن أبى وقاص رضى الله تعالى عنه و أراد رده و بكى ثم أجازه بعد فقتل عمير رضى الله تعالى عنه و هو ابن ست عشرة سنة و أما حديث أنس رضى الله تعالى عنه فلم يثبت فسقط الاحتجاج به (و له) أى لأبى حنيفة رحمه الله تعال(قوله تعالى ﴿حتى (٢) يبلغ أشده﴾) (٣) أى قوته و قيل هو

(١)ما روى عن سمرة بن جندب الخ. أخرجه البيهقى فى السير باب من لا يجب عليه الجهاد ص٢٢ ج٩.
(٢)حتى يبلغ الآية. الاسراء: ٣٤. (٣)أشده. و فى تاج العروس مع القاموس: الاشد مبلغ الرجل الحنكة و المعرفة قال الله تعالى حتى إذا بلغ أشده و قال الازهرى الاشد فى كتاب الله تعالى على ثلاثة معان يقرب اختلافها فاما قوله فى قصة يوسف عليه السلام و لما بلغ أشده فمعناه الإدراك و البلوغ و حينئذ راودته امرأة العزيز عن نفسه و كذلك قوله تعالى و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن (حتى يبلغ أشده) بفتح فضم (و يضم أوله) و هى قليلة حكاها السيرافى قال الزجاج معناه احفظوا عليه ماله حتى يبلغ أشده فاذا بلغ أشده فادفعوا إليه ماله قال و بلوغه أشده أن يؤنس منه الرشد مع أن يكون بالغا قال و قال بعضهم حتى يبلغ أشده حتى يبلغ ثمانى عشرة سنة قال أبو اسحق لست أعرف ما وجه ذلك لأنه إن ادرك قبل ثمانى عشره سنة و قد أونس منه الرشد فطلب دفع ماله اليه وجب له ذلك قال الزهرى و هذا صحيح و هو قول الشافعى رحمه الله تعالى و قول أكثر أهل العلم و فى الصحاح حتى يبلغ أشده (أى قوّته و هو ما بين ثمانى عشرة إلى ثلاثين سنة) و قال الزجاج هو من نحو سبع عشرة إلى الاربعين و قال مرة هو ما بين الثلاثين و الاربعين و هو مذكر و مؤنث و فى التهذيب و أما قوله تعالى فى قصة موسى عليه السلام و لما بلغ أشده و استوى فانه قرن بلوغ الاشد بالاستواء، و هو أن يجتمع أمره و قوّته و يكتهل و ينتهى شبابه و أما قوله تعالى فى سورة الاحقاف حتى اذا بلغ أشدّه و بلغ أربعين سنه فهو أقصى نهاية بلوغ الاشد و عند تمامها بعث محمد ﷺ نبيا و قد اجتمعت حنكته و تمام عقله فبلوغ الاشد محصور الاول محصور النهاية غير محصور ما بين ذلك قال الجوهرى و هو (واحد جاء على بناء الجمع كآنك) و هو الاسرب (و لا نظير لهما) قال شيخنا و لعل مراده من الاسماء المطلقة التى استعملتها العرب فلا ينافى ورود أعلام على بلاد ككابل و آمل =>

و أشد الصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و تابعه القتبىّ و هذا أقل ما قيل فيه

جمع شدة كأنعم جمع نعمة و قيل لا واحد لها (و أشد الصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضى االله تعالى عنهما) هذا غريب و الذى روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾ نهاية قوله و غاية شبابه و استوائه و هو ما بين ثمانى عشرة سنة إلى أربعين و روى (١) الطبرانىّ فى معجمه الأوسط ثنا محمد بن احمد بن لبيد ثنا صفوان بن صالح ثنا الوليد بن مسلم ثنا صدقة بن يزيد عن عبدالله بن عثمان بن خثيم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى قوله تعالى ﴿حتى (٢) إذا بلغ أشده﴾ قال ثلاث و ثلاثون سنة و هو الذى رفع عليه عيسى ابن مريم عليه السلام و رواه ابن مرذويهّ فى تفسيره عن عبدالله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى قوله ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾ قال تسعا و ثلاثين سنة (و تابعه القتبىّ) أى تابع القتبى رحمه الله تعالى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما (و هذا (٣) أقل ما قيل فيه) أى

=> و ما يبديه الاستقراء (أو جمع لا واحد له من لفظه) مثل أبابيل و عباديد و مذاكير ذهب اليه أحمد بن يحيى فيما رواه عن أبى عثمان المازنى كذا فى المحكم و قاله السيرافى أيضا (أو واحده شدّة بالكسر) كنعمة و أنعم نقله الجوهرى عن سيبويه و هو حسن فى المعنى يقال بلغ الغلام شدّته و قال أبو الهيثم واحدة الانعم نعمة و واحدة الاشد شدّة (مع أن) و فى نص عبارة سيبويه و لكن (فعلة) بالكسر (لا تجمع على أفعل أو) واحده (شد ككلب و أكلب) و قال السيرافى القياس شدّ و أشدّ كما يقال قدّ و أقدّ (أو) واحده (شدّ كذئب و أذؤب) قال أبو الهيثم و كانّ الهاء فى النعمة و الشدّة لم تكن فى الحرف إذ كانت زائدة و كان الاصل نعم و شد فجمعا على أفعل كما قالو رجل و أرجل و ضرس و أضرس و قال أبو عبيد واحدها شدّ فى القياس و لم أسمع لها بواحدة و قال ابن جنى جاء على حذف التاء كما كان ذلك فى نعمة و انعم و نقل ابن جنى عن أبى عبيد هو جمع أشدّ على حذف الزيادة قال و قال أبو عبيدة ربما استكرهوا على حذف هذه الزيادة فى الواحد و أنشد بيت عنترة:

عهدى به شدّ النهار كأنما خضب اللبان و رأسه بالعظلم

أى أشد النهار يعنى أعلاه و أمتعه (و ما هما) أى شدّا شدّا (بمسموعين) عن العرب (بل قياس) كما يقولون فى واحد الابابيل أبول قياسا على عجول و ليس هو شيأ سمع من العرب كما سبقت الاشارة إليه قال الفراء الأشدّ واحدها شدّ فى القياس قال و لم أسمع لها بواحد و مثله عن أبى عبيد اه. (١)روى الطبرانىّ الخ. كذا فى نصب الراية ص١٦٦ ج٤. (٢)حتى إذا بلغ الآية. الأحقاف:١٥. (٣)و هذا أقل الخ. و فيه نظر لأن ما روى عن أنس رضى الله تعالى عنه أقل منه ثم التيقن فى الأكثر لاجتماع الأقوال فيه لا فى الأقل كما لا يخفى و علّله فى التبيين بالاحتياط كما فى الأفكار. أقول فى نظره نظر لأن الاحتياط أيضا فى الأكثر لعدم الاختلاف بخلاف الأقل و إن كان الاحتياط فى الأقل فهو قول أنس رضى الله تعالى عنه فالتعليل الصحيح أن فى اختيار رواية ابن عباس رضى الله تعالى عنهما احتياطا لأن من بلغ ثمانى عشرة سنة يبلغ على كلتا الروايتين بخلاف من بلغ خمس عشرة سنة لأنه يبلغ على رواية أنس رضى الله تعالى عنه و لا يبلغ على رواية ابن عباس رضى الله تعالى عنه فيكون اختيار رواية ابن عباس رضى الله تعالى عنه أحوط. فان قلت إنه يرد على ما علّلت به أن من فسر الأشد بالعشرين أو ثلاثة =>

فبنى (١) الحكم عليه للتيقن به غير أن الإناث نشوءهن و إدراكهن أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التى يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال و إذا راهق الغلام أو الجارية الحلم و أشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله

قول ابن عباس رضى الله تعالى عنه أقل ما قيل فى تفسير الأشد فان بعض السلفؒ قال أقله اثنان و عشرون سنة و قيل ثمانى عشرة سنة و قيل عشرون و قيل ثلاث و ثلاثون و قيل أربعون و قيل أقصاه ثنتان و ستون و ثمانى عشرة أقل ما قيل فيه (فبنى الحكم عليه) أى على الأقل (للتيقن به) أى بالأقل (غير أن الإناث) كأنه جواب عما يقال إذا كان المتيقن هو ثمانى عشرة سنة فلم نقصت سنة فى الجارية فهلا كان أمرها كأمر الغلام فأجاب عنه أن الإناث (نشوءهن) أى انتشاؤهن و بلوغهن (و إدراكهن أسرع) من إدراك الذكور (فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة) و هى الربيع و الصيف و الخريف و الشتاء (التى يوافق واحد منها) أى من الفصول الأربعة (المزاج) أى الطبيعة فيتقوى المزاج بذلك (لا محالة) أى لا حيلة و يجوز أن يكون من الحول و هو القوة و الحركة و هى مفعلة منهما و أكثر ما يستعمل لا محالة بمعنى الحقيقة و اليقين أو بمعنى لا بد و الميم زائدة و هو مبنى على الفتح كما في لا رجل و لا بد فافهم (قال) أى القدوريؒ (و إذا راهق (٢) الغلام أو الجارية) أى قارب الغلام أو الجارية (الحلم) بضم الحاء أى الاحتلام (و اشكل أمره فى البلوغ) يعنى لم يعلم ذلك منه (فقال قد بلغت فالقول (٣) قوله) قيل إنما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتى عشرة

=> و ثلاثين أو تسعا و ثلاثين لينبغى أن يكون قوله أولى من قول ثمانى عشرة بعض ما علّلت به قلنا كلا لأن النزاع بين أنس رضى الله تعالى عنه و ابن عباس رضى الله تعالى عنه فى مبدأ الأشد فجعلنا قول ابن عباس رضى الله تعالى عنه أولى للاحتياط بخلاف من فسره بعشرين أو غيره فانهم لم يجعلوه مبدأ للأشد بل جعلوه مصداقا له و ابن عباس رضى الله تعالى عنه لا ينكره فانه يقول هو من ثمانى عشرة إلى ثلاثين أو أربعين فلا تعارض بين قوله و قولهم حتى يحتاج إلى الترجيح فافهم و تدبر كذا فى الاعلاء ص٣٢٨ج١٦. (١)فبنى.ن. فيبنى. (٢)راهق. و فى المغرب: رهقه أى دنا منه و منه: إذا صلى أحدكم إلى سترة فيلرهقها و منه صبى مراهق أى مدان للحلم اه ملخصا. (٣)فالقول قوله. و فى الدر المختار معزيا إلى الشرنبلالية: يقبل قول المراهقين قد بلغنا مع تفسير كل بما ذا بلغ بلا يمين اه. و فى رد المحتار على الدر المختار: قلت و فى جامع الفصولين عن فتاوى النسفى عن القاضى محمود السمرقندىؒ أن مراهقا أقر فى مجلسه ببلوغه فقال بما ذا بلغت قال باحتلام قال فما ذا رأيت بعد ما انتبهت قال الماء قال أىّ ماء فان الماء مختلف قال المنى قال ما المنى قال ماء الرجل الذى يكون منه الولد قال على ما ذا إحتلمت على ابن أو بنت أو أتان قال على ابن فقال القاضى لا بد من الاستقصاء فقد يلقن الاقرار بالبلوغ كذبا قال شيخ الاسلامؒ هذا من باب الاحتياط و إنما يقبل قوله مع التفسير و كذا جارية أقرت بحيض اه و الظاهر أن المراد بقوله و إنما يقبل مع التفسير أى تفسير ما بلغ به من إحتلام أو إحبال فقط بلا هذا الاستقصاء اه و فى الهامش على رد المحتار: (قوله و الظاهر الخ) رأيت فى الحامدية عن جواهر الفتاوى و إنما يقبل قوله بغير هذا التفسير الخ اه.

**و أحكامه أحكام البالغين لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهراً فإذا أخبرا به و لم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض.**

## باب الحجر بسبب الدين

**قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أحجر في الدين و إذا وجبت ديون على رجل و طلب غرماؤه حبسه و الحجر عليه لم أحجر عليه.**

---

سنة أو أكثر و لا يقبل فيما دون ذلك لأن الظاهر يكذبه و في فتاوى قاضي خان و الفتاوى الظهيرية أدنى السن الذي يعتبر قوله بالبلوغ اثنتى عشرة سنة و في حق الجارية تسع سنين (و أحكامه أحكام البالغين لأنه) أي لأن البلوغ (معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرا) أي من جهة الغلام و الجارية من حيث الظاهر (فإذا أخبرا به و لم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه) أي في البلوغ قيد بقوله و لم يكذبهما الظاهر إشارة إلى ما ذكرنا من أن الغلام إذا ادعى البلوغ و عمره أقل من اثنتى عشرة سنة لا يصدق و الجارية إذا ادعته و عمرها أقل من تسع سنين لا تصدق و ذكر في فتاوى قاضيخان صبي يبيع و يشترى فقال أنا بالغ ثم قال بعد ذلك لست ببالغ فإن كان سنه اثنتى عشرة سنة أو أكثر لا يعتبر جحوده و إذا كان دون ذلك لا يصح إخباره بالبلوغ و يصح جحوده و كذا ذكر في الفتاوى الظهيرية و في الفتاوى الصغرى إذا أقر بالبلوغ و قاسم الوصي إن كان مراهقاً صح الإقرار و القسمة و لا يقبل قوله إني لم أكن بالغاً و إن لم يكن مراهقاً بل كان مثله لا يحتلم عادة لا يصح الإقرار و لا القسمة و في الواقعات صبي أقر أنه بالغ و قاسم الوصي فان كان مراهقاً جازت قسمته و لم يقبل قوله إنه غير بالغ فإن لم يكن مراهقاً و يعلم أن مثله لا يحتلم لم تجز قسمته و لم يقبل قوله إنه بالغ (كما يقبل قول المرأة في الحيض) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتها فالقول قولها إلا إذا كذبها الظاهر. (١)

(باب الحجر بسبب الدين)

أي هذا باب في بيان الحجر بسبب الدين أخره عن الحجر بسبب السفه لأن هذا الحجر موقوف على طلب الغرماء فيكون فيه وصف زائد على المشاركة في أصل الحجر فصار كالمركب فأخر لذلك (قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أحجر في الدين) هذا كلام مجمل و فصله بقوله (و إذا وجبت ديون على رجل و طلب غرماؤه حبسه و الحجر عليه لم أحجر عليه) إنما أسند الفعل إلى

---

(١) الظاهر. و في الهندية: إذا جامع إمرأته بعد ما بلغ مبلغا يتصور منه الاحبال فجاءت بولد فانه يثبت نسبه و يحكم ببلوغه ضرورة ثبوت نسب الولد كذا في الينا بيع.

**لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر و لأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص و لكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء و دفعاً لظلمه**

---

نفسه في الموضعين تنبيهاً على شدة تأكيده على منع الحجر لا يقال إن فيه تعظيماً للنفس لأن المعنى لو استفتيت أو رفع أمره إليّ لم أحجر عليه و الكلام في موضعين أحدهما أن من ركبه الديون و ليس في ماله وفاء و خيف أن يلجأ ماله بطريق الاقرار أو ببيع التلجئة و طلب الغرماء من القاضي الحجر عليه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يحجر عليه و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و الآخر أنه لا يباع على المديون ماله في قوله خلافاً لهم العروض و العقار فيه سواء عنده إلا مبادلة أحد النقدين بالآخر فللقاضي أن يفعل ذلك عنده استحساناً لقضاء دينه (لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) و هو ضرر الدائن (فإن كان له) أي للمديون (مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه) أي لأن تصرف الحاكم (نوع حجر) لأن بيع ماله غير مستحق لقضاء الدين لامكان أدائه بوجه آخر فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عليه عند امتناعه كما في الاجارة و التزويج إذ يمكنه قضاؤه بالاستقراض و الاستيهاب (و لأنه تجارة لا عن تراض) أي و لأن بيع الحاكم مال المديون بغير رضاه تجارة عن غير تراض (فيكون باطلاً بالنص) و هو قوله تعالى ﴿لا تأكلوا (١) أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ (و لكن يحسبه أبداً) أي و لكن القاضي يحبس ماله أبداً و أبداً نصب على الظرف (حتى يبيعه) أي حتى يبيع المديون ماله (في دينه إيفاء لحق الغرماء) أي لأجل إيفاء حق الغرماء (و دفعا لظلمه) أي و لأجل دفع ظلم المديون الذي تحقق بالامتناع من قضاء الدين منه و الحبس بالدين مشروع بالاجماع فإن قلت روى (٢) الدار قطنيّ من حديث ابن كعب بن مالك رحمه الله تعالى عن أبيه أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ رضي الله تعالى عنه ماله و باعه في دين كان عليه و عن (٣) عبدالرحمن بن كعبٌ قال كان معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه شاباً سخياً و كان لا يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين فأتى النبي ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه فلو تركوا لأحد لتركوا لمعاذ رضي الله تعالى عنه لأجل رسول الله ﷺ

---

(١) لا تأكلوا الآية. النساء: ٢٩ (٢) روى الدارقطنيّ في الأقضية و الاحكام ص ٢٣١ ج ٤ و البيهقيّ في التفليس باب الحجر على المفلس و بيع ماله في ديونه ص ٤٨ ج ٦ و الحاكمّ في المستدرك و صححه كذا في النيل باب الحجر على المدين ص ٢٧٥ ج ٥. (٣) عن عبدالرحمن بن كعب الخ. رواه سعيدٌ في سننه مرسلا و أخرجه أيضا أبو داودٌ و عبدالرزاقٌ قال عبدالحقٌ المرسل أصح و قال ابن الطلاع في الأحكام هو حديث ثابت كذا في النيل باب الحجر على المدين ص ٢٧٦ ج ٥.

و قالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه و منعه من البيع و التصرف و الإقرار حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفيه إنما جوّزناه نظراً له و فى هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجىء ماله فيفوت حقهم و معنى قولهما منعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل

فباع رسول الله ﷺ لهم ماله حتى قام معاذ رضى الله تعالى عنه بغير شيء قلت (١) هذه حكاية حال على أنه إنما باع رسول الله ﷺ ماله بسواله لأن ماله لم يكن وفاء لدينه فالتمس من رسول الله ﷺ أن يتولى بيع ماله ليفى بدينه بواسطة بركة تصرف رسول الله ﷺ على أنا نقول إنه مرسل و هو ليس بحجة عند الخصم (و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إذا طلب غرماء (٢) المفلس الحجر عليه حجر القاضى عليه و منعه من البيع و التصرف (٣) و الاقرار حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظراً له و فى هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجى (٤) ماله) أى لأن المفلس المديون عسى أن يبيع ماله تلجئة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده أو يقر له بماله ثم ينتفع به من جهته على ما كان (فيفوت حقهم) أى حق الغرماء (و معنى قولهما) أى قول أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (منعه) أى منع القاضى المفلس المديون (من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل) أى يبيع بالغبن يسيراً كان أو فاحشاً (أما البيع بثمن المثل

(١)قلت الخ. قال العلام العثمانىّ فى الاعلاء باب الحجر على المديون و بيع ماله ص٣٢٤ج١٦: أقول و الجواب عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن هذا فعل رسول الله ﷺ و هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم فلا يقاس عليه غيره ثم هو يحتمل أن يكون لعلمه ﷺ بأن معاذا رضى الله تعالى عنه يرضى بفعله و لا يخالفه فلم يكن فعله ﷺ من قبيل الاجبار و الالزام بل من قبيل الاصلاح و الكلام فى الاجبار فلا حجة فيه لأحد فتأمل. قال العبد الضعيف: و قصة معاذ رضى الله تعالى عنه أخرجها الطبرانىّ فى الأوسط مطوّلة و فيها قول معاذ رضى الله تعالى عنه لرسول الله ﷺ: "فأدعو غرمائى فاسترفقهم فان أرفقونى فسبيل ذلك و إن أبوا فاجعل لهم من مالى" الحديث. قال الهيثمىّ و فيه ابن لهيعةّ و فيه كلام و حديثه حسن و بقية رجاله رجال الصحيح اه و هو صريح فى أنه ﷺ باع على معاذ رضى الله تعالى عنه ماله باذنه لا بطريق الحجر و الله تعالى اعلم. (٢)غرماء المفلس الخ. و فى الأفكار: ليس المراد بالمفلس فى قوله "إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه" معناه الحقيقى بل المراد به أما من يدعى الافلاس فيتناول الغنى أيضا إذ الظاهر أن المديون الذى لا يؤدى دينه يدعى الافلاس و إن كان غنيا فى نفسه و اما من حاله حال المفلس و لا شك أن الغنى الذى لا يؤدى دينه حاله فى عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسألة بما هو مفلس حقيقة. (٣)و التصرف الخ. أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع و الاقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضا غير واضح كذا فى النتائج. (٤)يلجىء. و فى المغرب مادة لجأ: ألجأه إلى كذا (من باب إفعال) و لجّاه (من باب تفعيل): إضطرّه و أكرهه و التلجئة أن يلجئك إلى أن تأتى أمرا باطنه خلاف ظاهره و كذا فى اللسان و تاج العروس و قال فى نور الأنوار: حاصل التلجئة أن يلجىء شيء إلى أن يأتى أمرا باطنا بخلاف ظاهره فيظهر بحضور الخلق أنهما يعقدان البيع لأجل مصلحة دعت إليه و لم يكن فى الواقع بينهما بيع.

**لا يبطل حق الغرماء و المنع لحقهم فلا يمنع منه قال و باع ماله إن امتنع المفلس من بيعه و قسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب و العنة قلنا التلجئة موهومة و المستحق قضاء الدين و البيع ليس بطريق متعين لذلك**

---

لا يبطل حق الغرماء و المنع لحقهم فلا يمنع منه) أى المنع من البيع إنما كان لحق الغرماء فاذا كان البيع بثمن المثل لا يمنع منه أى من البيع بثمن المثل (قال و باع ماله) أى باع القاضي مال المفلس (إن امتنع المفلس من بيعه و قسمه) أى قسم القاضي مال المفلس (بين غرمائه بالحصص عندهما) أى عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لأن البيع مستحق عليه) أى لأن بيع المال لقضاء الدين مستحق على المفلس المديون (لايفاء دينه حتى يحبس لأجله) أى لأجل البيع و يحبس بالرفع لأن حتى ههنا للغاية كقولهم مرض فلان حتى لا يرجونه (فاذا امتنع) أى عن البيع (ناب القاضي منابه كما في الجب (١)) بفتح الجيم و تشديد الباء و هو القطع لغة و المراد ههنا أن المرأة إذا وجدت زوجها مجبوباً فانه يفرق بينهما فان امتنع الزوج عن ذلك ناب القاضي منابه (و العنة) (٢) بضم العين و تشديد النون و هو اسم من عنّ الرجل عن المرأة إذا منع عنها بالسحر و العنين هو الذى لا تقوم آلته إما لعلة أو لسحر و أراد أن المرأة إذا وجدت زوجها عنيناً فلها الخيار بعد الفصول الأربعة فان امتنع زوجها عن التفريق ناب القاضي منابه (قلنا) هذا جواب عما قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و من تبعهما (التلجئة موهومة) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان و لا يرتكب البيع بلا تراض (و المستحق قضاء الدين و البيع ليس بطريق متعين لذلك) أى لقضاء الدين لأنه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب و السؤال من الناس فلا يجوز للقاضي

---

(١)الجبّ. و في اللسان مادة جبب: الجبّ: القطع. جبّه يجبّه (من باب نصر) جبّا (بفتح الجيم) و جبابا (بكسر الجيم) و اجتبّه و جبّ خصاه جبّا: استأصله و خصّي مجبوب بين الجباب و المجبوب: الخصّي الذى قد استؤصل ذكره و خصياه و قد جبّ جبّا. (٢)العنة الخ. و في تاج العروس مادة عنّ: العنّين كسكّين من لا يأتي النساء عجزا أو لا يريدهن و هي عنّينة لا تريد الرجال و لا تشتهيهم و في وصف النساء بالعنّة خلاف نقله شراح نظم الفصيح و قيل سمي عنّينا لأنه يعن ذكره لقبل المرأة عن يمينه و عن شماله فلا يقصده و قيل العنّين هو الذى يصل إلى الثيب دون البكر و الاسم العنانة و التعنين و العنينة بالكسر و تشدد و التعنينة و العنينية و عنّن عن إمرأته و أعنّ و عنّ بضمهن إذا حكم القاضي عليه بذلك أو منع عنها بالسحر و الاسم منه العنّة بالضم كأنه اعترضه ما يحبسه عن النساء و في المصباح و الفقهاء يقولون به عنّة و في كلام الجوهرى ما يشبهه و لم أجده لغيره و في كلام بعضهم أنه لا يقال ذلك و نقل شيخنا عن المغرب أن العنّة بالضم كلام مردود ساقط اه.

بخلاف الجبّ و العنّة و الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف و إن (١) صح البيع كان الحبس إضراراً بهما بتأخير حق الدائن و تعذيب المديون فلا يكون مشروعاً قال و إن كان دينه دراهم و له دراهم قضى القاضي بغير أمره و هذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه و إن كان دينه دراهم و له دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسان و القياس أن لا يبيعه كما في العروض و

---

تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الجبّ و العنّة) فان التفريق هناك متعين لأنه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعيّن عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (و الحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يحبس لأجله و تقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين (بما يختاره من الطريق) الذى ذكرناه من الاستقراض و الاستيهاب و سؤال الصدقة و بيع ماله بنفسه (كيف) أي كيف صح البيع (و لو صح البيع) من القاضي (كان الحبس اضراراً بهما) أي بالمديون و الغريم (بتأخير حق الدائن) إلى زمان تحقق امتناع المديون عن البيع (و تعذيب المديون) بالحبس (فلا يكون) أي الحبس (مشروعاً) لكن الحبس مشروع بالاجماع فدل ذلك على أنه ليس للقاضي ولاية البيع و هذا لا ينقلب لأن حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا يشمل على ضرر بتأخير الدائن حقه لأن للمديون ولاية البيع في كل لحظة بخلاف القاضي (قال و إن كان دينه دراهم و له دراهم قضى القاضي بغير أمره و هذا بالاجماع لأن للدائن حق الأخذ) من جنس حقه (من غير رضاه) أي من غير رضاء المديون (فللقاضي أن يعينه و إن كان دينه دراهم و له دنانير أو على ضد ذلك) بأن كان دينه دنانير و له دراهم (باعها القاضي في دينه و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسان) إنما (٢) خص أبا حنيفة رحمه الله تعالى بالذكر و إن كان ذلك بالاجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض و كان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضاً لأنه نوع من البيع و هو بيع الصرف (و القياس أن لا يبيعه كما في العروض و

---

(١) إن. ن. لو. (٢) إنما خص الخ. كذا ذكره كثير من الشراح. أقول ما ذكروه إنما يتم أن لو كان عبارة المصنفّ و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بدون ذكر قوله إستحسانا و أما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنفّ فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله تعالى في الحقيقة فإن كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس إنما هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقط و أما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج إلى الاعتذار تدبر كذا في الأفكار.

لهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً وجه الإستحسان أنهما متحدان فى الثمنية و المالية مختلفان فى الصورة فبالنظر إلى الإتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف و بالنظر إلى الإختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق بصورها و أعيانها أما النقود فوسائل

لهذا (١) لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً) أى من غير قضاء بخلاف ما لو ظفر بجنس حقه (وجه الاستحسان أنهما) أى الدراهم و الدنانير (متحدان فى الثمنية و المالية) و لهذا يضم أحدهما إلى الآخر فى حكم الزكاة (مختلفان فى الصورة فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف و بالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين) تقريره أن بالنظر إلى أنهما متحدان فى الثمنية يثبت ولاية التصرف للقاضى و للغريم و بالنظر إلى أنهما مختلفان صورة لا يثبت ولاية التصرف لهما أصلاً فعملنا بالوجهين و قلنا بولاية التصرف للقاضى دون الغريم و لم نعكس لأن ولاية القاضى أعم و أقوى من ولاية الغريم فلما لم يثبت للقاضى فأولى أن لا يثبت للغريم فيكون فيه إبطال حق الشبهين فلهذا امتنع العكس و توضيحه أن من العماء من يقول إن لصاحب الدين أن يأخذ أحد النقدين بالآخر من غير قضاء و لا رضاء و هو ابن أبى ليلىؒ و القاضى مجتهد فجعلنا له ولاية الاجتهاد فى مبادلة أحد النقدين بالآخر لقضاء الدين منه و لا يوجد هذا المعنى فى سائر الاموال و فيه إضرار بالمديون من جيث إبطال حقه من غير ملكه و للناس فى الأعيان أغراض و ليس للقاضى أن ينظر لغرمائه على وجه يلحق الضرر به فوق ما هو مستحق عليه و هذا المعنى لا يوجد فى النقود لأن المقصود هناك المالية دون العين (بخلاف (٢) العروض) هذه إشارة إلى بيان الفرق بين الدراهم و الدنانير و بين العروض حيث جاز بيع القاضى فى الدين فى الدراهم و الدنانير و لم يجز فى العروض فقال بخلاف العروض حيث لا يجوز بيعه فيها (لأن الغرض يتعلق بصورها و أعيانها أما النقود فوسائل) إلى حصول المقصود و لا يتعلق الغرض بصورها

(١)و لهذا لم يكن لصاحب الدين الخ. و فى الشامية: (تنبيه) قال الحمویؒ فى شرح الكنز نقلا عن العلامة المقدسیؒ عن جده الاشقرؒ عن شرح القدورى للأخصبؒ أن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان فى زمانهم لمطاوعتهم فى الحقوق و الفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أىّ مال كان لا سيما فى ديارنا لمداومتهم العقوق قال الشاعر:

عفاء على هذا الزمان فانه ... زمان عقوق لا زمان حقوق
و كل رفيق فيه غير مرافق ... و كل صديق فيه غير صدوق

(٢)بخلاف العروض. و فى الدر المختار مع رد المحتار: لا يبيع القاضى عرضه و لا عقاره للدين و قالا يبيع و به يفتى اختيار و مثله فى المنتقى و صححه فى تصحيح القدورى.

**فافترقا و يباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون و يترك عليه دست من ثياب بدنه**

و أعيانها (فافترقا) أي الحكمان يعني حكم النقدين و حكم العروض (و يباع في الدين النقود) هذا تفريع على قولهما يعني أن المديون لما جاز بيع ماله عندهما يباع أولاً النقود (ثم العروض ثم العقار) و في الذخيرة فعلى قولهما يبيع القاضي ماله و لكن يبدأ بدنانير إذا كان الدين دراهم فان فضل الدين عن ذلك يبيع العروض أولاً لا العقار لأن العروض معدة للتلف و التصرف و الاسترباح عليه فلا يلحقه كثير ضرر في بيعه فان لم يف فحينئذ يبيع العقار و أما بدون ذلك فلا يبيعه لأن العقار أعد للاقتناء فيلحقه ضرر كثير و هذا الذي ذكره رواية عنهما و في رواية يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التلف من عروضه ثم يبيع ما لا يخشى عليه التلف ثم يبيع العقار (يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون) حاصله أن القاضي نصب ناظراً فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له (و يترك عليه دست من ثياب بدنه) الدست بفتح الدال و سكون السين المهملة و أراد به البذلة من قماش نحو القميص و العمامة و في العباب الدست من الثياب و من الورق و من صدر البيت و من اللعب معربات لسيت من كلام العرب و في الذخيرة إذا كان للمديون ثياب يلبسها و يمكنه أن يجتزيء بدون ذلك يبيع ثيابه و يشترى بثمنه ثوباً يلبسه و ما فضل يقضي به دينه لأن ذلك للتجمل و قضاء الدين فرض عليه و على (١) هذا لو كان له مسكن و يمكنه أن يجتزيء بما دون ذلك يبيع المسكن و يشترى بثمنه ما يجتزيء و ما فضل قضى به دينه و لا تباع داره التي لا غنى له عن سكناها و به قال أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى تباع و يستأجر من ثمنه مسكناً له و يقضي بالفضل دينه و في الخلاصة و المنية يبيع ما لا يحتاج إليه في الحال كاللبد في الصيف و النطع في الشتاء و لو كان له كانون من حديد يباع و يتخذ من الطين و عن شريح رحمه الله تعالى أنه باع عمامة المحبوس و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى هكذا و في شرح الطحاوي و لو باع القاضي أو أمينه مال المديون فالعهدة على المطلوب لا على القاضي و أمينه حتى لو استحق المبيع فانه يرجع بالثمن على المطلوب و قال

---

(١) و على هذا لو كان له مسكن الخ: قال الرحمتي و مفاده أنه لا يكلف إلى أن يسكن بالأجرة كما قالوا في وجوب الحج تأمل اه و في حاشية المدني أقول و كذا لو كان عنده عقارات وقف سلطاني زائدة على سكناه أو صدقات في الدفاتر السلطانية لا يؤمر ببيعها كما أفتى به غير واحد من العلماء اه أي لا يؤمر بالفراغ عنها إذ لا يجوز بيعها تأمل كذا في الشامية.

و يباع الباقي لأن به كفاية و قيل دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الإستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له و لو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر

---

الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى على المديون و قال مالك رحمه الله تعالى على الغرماء إن كان الثمن جنس حقهم و إلا على المديون (و يباع الباقي لأن به كفاية) أي لأن بالدست الواحد من الثياب كفاية (و قيل (١) دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس) أي من لبس ثياب (قال) أي القدوري (فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) التي وقع بها الحجر و قال في شرح الأقطع و هذا على قولهما (لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين) أي تعلق بالمال الذي أقر به حق الغرماء الأولين (فلا يتمكن) أي المديون (من إبطال حقهم) أي حق الأولين (بالاقرار لغيرهم) أي لغير الأولين (بخلاف الاستهلاك) أي بخلاف ما إذا استهلك المحجور عليه قبل قضاء الدين مال إنسان حيث يكون المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف (لأنه مشاهد لا مرد له) أي لأن فعله أعني الاستهلاك مشاهد محسوس فلا يرد لأن الحجر لا يصح في الفعل الحسي و في الذخيرة لو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه أو بالشهادة بأن شهدوا على استقراضه أو شرائه بمثل القيمة شارك الغرماء و عند الشافعي رحمه الله تعالى لو أقر بدين لزمه قبل الحجر يصح و يلزمه في الاصح و في قول لا يلزمه و هو قول مالك و أحمد و أبي يوسف و محمد رحمهم الله تعالى و تصرفات المحجور من بيع أو هبة أو عتق لا تصح عند الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في غير العتق و في قول يصح و يكون موقوفاً فان قضى دينه من غير نقض التصرف نفذ تصرفه و لا يفسخ منها إلا الأضعف فالأضعف يبدأ بالهبة ثم بالبيع ثم بالعتق و عند أحمد و أبي يوسف رحمهما الله تعالى يصح عتقه لأنه صدر عن مالك رشيد و لا يقبل الفسخ و قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية لا يصح كالبيع و الهبة و ما فعله قبل الحجر يصح بلا خلاف (و لو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به) أي بذلك المال و هكذا هو في بعض النسخ (لعدمه وقت الحجر) أي لعدم ذلك المال وقت الحجر فلا يتعلق به حق الأولين

---

(١) و قيل دستان. و في الهامش على التبيين: نقل الأتقاني عن الفتاوى الصغرى المختار أن يبقى له دستين من الثياب ثم قال و قال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي و قال بعضهم يترك دستا من الثياب و يبيع الباقي و هو مختار شمس الأئمة الحلواني و قال بعضهم يترك دستين و هو إختيار شمس الأئمة السرخسي اه.

قال و ينفق على المفلس من ماله و على زوجته و ولده الصغار و ذوى أرحامه ممن يجب نفقته عليه لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء و لأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر و لهذا لو تزوج امرأة كانت فى مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال فإن لم يعرف للمفلس مال و طلب غرماؤه حبسه و هو يقول لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين التزمه بعقد كالمهر و الكفالة و قد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها إلى أن قال و كذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعنى خلّى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة

---

(قال) أى القدوريّ (و ينفق على المفلس (١) ) أى ينفق على هذا المديون المحجور عليه من التصرف و ينفق على صيغة بناء المجهول (من ماله) أى من مال المفلس المحجور عليه من التصرف (و على زوجته و ولده الصغار) بضم الواو و سكون اللام جمع ولد (و ذوى أرحامه) أى و ينفق أيضاً على ذوى أرحام المحَجور عليه (ممن يجب نفقته عليه لأن حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء و لأنه حق ثابت لغيره) أى و لأن الانفاق حق ثابت لغير المفلس و هو من يجب نفقته عليه (فلا يبطله الحجر و لهذا) أى و لأجل كون حاجته الأصلية مقدمة (لو تزوج امرأة كانت فى مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء) لأن الزيادة تضاف إلى التزامه و فيه إبطال حق الغرماء و لا يلى ذلك و الاسوة (٢) بضم الهمزة و كسرها اسم من ائتسى به إذا اقتدى به و اتبعه و يقال آسيته بمالي أى جعلته أسوة أقتدى به و يقتدى هو بى (قال) أى القدوريّ (فان لم يعرف للمفلس مال و طلب غرماؤه حبسه و هو) أى المفلس (يقول لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين التزمه بعقد كالمهر و الكفالة و قد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه) أى بطرقه (فى كتاب أدب القاضى من هذا الكتاب فلا نعيدها إلى (٣) أن قال و كذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعنى خلّى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة) لقوله تعالى ﴿و ان (٤) كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ أى و إن وجد ذو إعسار أى فقر فالواجب نظرة أى انتظار إلى وقت اليسار و البينة على الاعسار بعد الحبس تقبل

---

(١)المفلس. أقول المراد من "المفلس" معناه المجازى و هو المديون فان حمله على المعنى الحقيقى ينافيه قوله الآتى "من ماله" كذا فى الأفكار. (٢)الاسوة الخ. كذا فى المغرب مادة أسو ص٣٩ ج١. (٣)إلى أن قال الخ. أقول قوله إلى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعنى قال القدوريّ فى مختصره فان لم يعرف للمفلس مال إلى أن قال و كذلك إن أقام البينة أنه لا مال له و قوله خلّى سبيله تفسير من المصنفّ لمراد القدورى بقوله و كذلك إن أقام البينة أنه لا مال له و قوله لوجوب النظرة إلى الميسرة تعليل لذلك كذا فى الأفكار. (٤)و إن كان ذو عسرة الآية. البقرة: ٢٨٠.

و لو مرض في الحبس يبقّى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته و إن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه و المحترف فيه لا يمكّن من الإشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما إذا كانت له جارية و فيه موضع يمكنه فيه وطأها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى

---

بالاتفاق فيطلقه القاضي بعد ذلك و أما إذا قامت قبل الحبس ففيه روايتان في إحداهما تقبل و به كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل و في الأخرى لا تقبل ما لم يحبس و عليه عامة المشايخ رحمهم الله تعالى و إليه ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح أدب القاضي و هو الأصح (و لو مرض في الحبس يبقّى فيه) أي في الحبس و يبقّى بالتشديد (إن كان له خادم يقوم بمعالجته و إن لم يكن) أي و إن لم يكن له خادم (أخرجه تحرزاً عن هلاكه) لأنه لا يجوز إهلاكه لمكان الدين ألا ترى أنه لو توجه الهلاك إليه بالمخمصة لكان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة أيضاً لأن الهلاك لو كان لكان بسبب المرض و إنه في الحبس و غيره سواء و في الواقعات لو مرض في الحبس و أضناه و لم يجد من يخدمه يخرجه من الحبس هكذا روى عن محمد رحمه الله تعالى لأنه لو ترك كذلك يخاف عليه التلف و المستحق الحبس لا التلف و في الخلاصة (١) هذا إذا كان الغالب هو الهلاك و الفتوى على رواية محمد رحمه الله تعالى و إنما يطلقه بكفيل و إن لم يجد الكفيل لا يطلقه و إن كفل رجل و أطلقه فحضرة الخصم ليس بشرط (و المحترف) أي المحبوس الذي يحترف يعني يكتسب بالحرفة و هي الصنعة (فيه) أي في الحبس (لا يمكّن من الاشتغال بعمله هو الصحيح) احترز به عن قول بعض مشايخنا لا يمنع من الاكتساب فيه و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح لأن فيه نظراً للجانبين لأن نفقته و نفقة عياله عليه فيمكّن من الكسب و قال الخصاف الأصح أنه يمنع منه و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول (ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه) قوله فينبعث بالنصب عطفاً على يضجر و ذلك لأن الحبس للتضييق عليه حتى يتسارع إلى الوفاء فاذا مكّن من الاحتراف فيه صار السجن بمنزلة الحانوت فلا يحصل المقصود (بخلاف ما إذا كانت له جارية و فيه) أي في الحبس (موضع يمكنه فيه وطأها لا يمنع عنه لأنه) أي لأن الوطء (قضاء إحدى الشهوتين) و هما شهوة البطن و شهوة الفرج (فيعتبر بقضاء الأخرى) أي إذا كان كذلك فيعتبر إحدى الشهوتين التي هي شهوة الفرج بالشهوة الأخرى و هي شهوة البطن

---

(١) الخلاصة ص ٤٥ ج ٤.

قال و لا يحول بينه و بين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه

و في الخلاصة (١) لا يضرب المديون و لا يغلّ و لا يقيد و لا يخوف و لا يقام بين يدى صاحب الحق و لا يجرد إهانة و لا يؤاجر و في المنتقى يقيد المديون إذا خيف الفرار و لا يخرج لجمعة و لا عيد و لا حج و لا صلاة الجنازة و لا عيادة المريض و يحبس في موضع وحش لا يبسط له فرش و لا يدخل عليه أحد ليستأنس به ذكره الإمام السرخسيّ (قال) أى القدوريّ (و لا يحول بينه و بين غرمائه) أى لا يحول القاضى بين المديون المفلس و بين غرمائه (بعد خروجه من الحبس بل (٢) يلازمونه) أى يدورون معه حيث ما دار و لا يفارقونه و لا يلازمونه في موضع معين لأنه حبس و قال الناصحيّ فى تهذيب أدب القاضى قال ابن كاسّ فى أدب القاضى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إذا صح أنه معسر فلا سبيل إلى لزومه و على قول اسماعيل بن حمادّ ليس للمدعي أن يلازمه و لكن يأخذ كفيلاً ذكره شمس الأئمةّ في شرح أدب القاضي للخصافّ

(١) الخلاصة ص ٤٥ ج ٤. (٢) بل يلازمونه. قال العلام العثمانيّ فى الاعلاء باب ملازمة الغريم ص ٣٣٢ ج ١٦. فإن قلت: ملازمة الغريم المفلس معارض لقوله تعالى: ﴿و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ قلنا: كلا! لأن الغريم لا يلازم إلا من يظنه غير مفلس أو مفلسا غير قاصد للأداء أو قاصداً للأداء بالمطل و المستحق للنظرة بالآية هو المفلس القاصد للأداء الغير المماطل فلا تعارض قال العبد الضعيفَ و أيضا فإن المراد "ذو عسرة" الذى قد تحققت عسرته و لا تتحقق إلا بالتضييق عليه فإنه مما لا سبيل إلى معرفته بالشهادة لكون الشهادة عليه شهادة على النفى و لو كان كل من يدعى العسرة ذا عسرة يجب نظرته لادعى كل مديون عسرته و ضاعت أموال الناس فافهم و قد قدمنا فى باب حبس المديون من كتاب القضاء حديث هرماس بن حبيب رجل من أهل البادية عن أبيه عن جده قال: أتيت النبى ﷺ بغريم لى فقال لى "ألزمه" ثم قال لى: "يا أخا بنى تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك؟" رواه أبو داود و سكت عنه و رواه البيهقى فى "سننه" و فى لفظ له: ثم لقيه بعد ذلك فقال: "ما فعل أسيرك يا بنى العنبر؟" (٦:٥٣) و هو صريح فى أن للغريم ملازمة المديون و أن الملازمة كالحبس و الأسر و احتج من أنكر الملازمة بحديث أبى سعيد قال: أصيب رجل فى عهد رسول الله ﷺ فى ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ: "تصدقوا عليه" فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله ﷺ: "خذوا ما وجدتم و ليس لكم إلا ذلك" رواه مسلم فى "صحيحه" و لا حجة لهم فيه فإن الرجل كان قد تحققت عسرته عند رسول الله ﷺ ألا ترى أنه أمر الناس بالتصدق عليه و معنى قوله: "ليس لكم إلا ذلك" أى ليس لكم الآن إلا ذلك و عليكم النظرة إلى الميسرة نعم فيه دليل على أنه ليس كصاحب الحق مؤاجرة الحر فى دينه و إلا لم يكن لقول رسول الله ﷺ: "ليس لكم إلا ذلك" معنى و هو خلاف قوله تعالى: ﴿فنظرة إلى ميسرة﴾ و أما قول ابن حزم: "إن ذلك لا يمنع استئجاره بل يوجب استئجاره لأن الميسرة لا تكون إلا بأحد وجهين بسعى أو بلا سعى فنحن نجبره على ابتغاء فضل الله تعالى الذى أمره بابتغاءه" اه (٨:١٧٣) ففيه أن ابتغاء فضل الله تعالى غير منحصر فى المؤاجرة و من ادعى فعليه البيان.

وَ لا يمنعونه من التصرف و السفر لقوله عليه الصلاة و السلام لصاحب الحق يد و لسان أراد باليد الملازمة و باللسان التقاضي قال و يأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص

(و لا يمنعونه من التصرف و السفر) لأن فيه ضرراً بيناً عاماً (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (لصاحب الحق يد و لسان) هذا دليل لقوله يلازمونه و الحديث رواه (١) الدارقطنىّ فى سننه حدثنا أبو عاصم على الصفار حدثنا عباس بن محمد حدثنا أبو عاصم حدثنا ثور عن يزيد عن مكحول قال قال رسول الله ﷺ إن لصاحب الحق اليد و اللسان و أخرج (٢) البخارىّ فى الاستقراض و مسلمٌ فى المساقات عن أبى سلمة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال أتى النبى ﷺ رجل يتقاضاه فأغلظ له فهَمّ به أصحابه فقال دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً (أراد باليد (٣) الملازمة وَ باللسان التقاضى) و ليس المراد باليد أن يتطاول عليه بيده و لا باللسان أن يؤذيه بالكلام الفاحش وجه (٤) التمسك به أنه مطلق فى حق الزمان فيتناول الزمان الذى يكون بعد الإطلاق عن الحبس و قبله (قال و يأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) أى يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضى و قسمه بينهم بدون اختياره و أما المديون ففى حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة و لآخر

(١)رواه الدارقطنىّ فى الأقضية ص٢٣٢ ج٤ و هو مرسل و سكت عليه فى الدراية و أخرجه ابن عدىّ فى الكامل مسندا من حديث أبى عتبة الخولانى و فى سنده محمد بن معاوية أحد الساقطين كذا فى الدراية. (٢)أخرج البخارىّ فى الوكالة باب الوكالة فى قضاء الديون ص٣٠٩ ج١ و فى الاستقراض باب إستقراض الابل ص ٣٢١ ج١ و مسلمٌ فى المساقات باب جواز إقتراض الحيوان الخ ص٣٠ ج٢. (٣)أراد باليد الملازمة الخ. أقول فى دلالة اليد على الملازمة المذكورة كلام لأنه إن كان المراد من اليد الضرب و من اللسان السبّ و الاغلاظ فعدم دلالته على الملازمة ظاهر و إن كان المراد من اليد هو القبض فدلالتها عليها أيضا غير ظاهرة لأن الملازمة المذكورة ليس من القبض فى شيء بل هو حبس الغريم نفسه على المديون. و الجواب أن المراد منه القبض و حبس الغريم نفسه على المديون تسلط عليه و التسلط على الشيء قبض عليه غاية ما فى الباب أنه أضعف فرد من أفراده و مقصودنا هو الأولى للتيقن لا الأعلى لاحتمال العدم كذا قاله العلام العثمانى فى الاعلاء ص٣٣٢ ج١٦.
(٤)وجه التمسك الخ. أقول فيه نظر لأن الحديث غير متعرض للزمان أصلا فهو ساكت عنه و ليس بمطلق فيه و من الخطأ الذى وقع فيه كثير من أهل العلم أنهم لا يميزون بين الساكت الشيء و المطلق فيه كما وقع لأهل الحديث أنهم استدلوا بقوله تعالى فاسعوا إلى ذكر الله على وجوب الجمعة فى القرى و الصحارى و قالو إنه مطلق فى المكان و هذا خطأ منه لأنه ساكت عن المكان و ليس بمطلق فيه و مثل هذا كثير كما لا يخفى على من تصفح كلمات القوم و الوجه الصحيح أن يقال إن منشأ اليد و اللسان هو كونه صاحب الحق و هذه العلة موجودة مشتركة بين الحالين قبل الحبس و عبده فيكون الحكم أيضا مشتركا والله اعلم كذا فى الاعلاء.

لاستواء حقوقهم في القوة و قالا إذا فلّسه الحاكم حال بين الغرماء و بينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فيثبت العسرة و يستحق النظرة إلى الميسرة و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يتحقق القضاء بالإفلاس لأن مال الله تعالى غاد و رائح و لأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة و قوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار

---

منهم ثلاثمائة و لآخر منهم مائتان و ماله خمسمائة فاجتمع الغرماء و حبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم ماله بينهم قال إذا كان المديون حاضراً فله أن يقضي ديونه بنفسه و له أن يقدم البعض على البعض في القضاء و يؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته و إن كان المديون غائباً و الديون ثابتة عند القاضي يقسم المال بين الغرماء بالحصص إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض (لاستواء حقوقهم في القوة) أي لاستواء حقوق الغرماء في قوة الثبوت فلا يترجح البعض على البعض (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إذا فلّسه الحاكم) بتشديد اللام أي إذا حكم القاضي بإفلاس المديون و إعساره (حال بين الغرماء و بينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً لأن القضاء بالإفلاس عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يصح فيثبت العسرة و يستحق النظرة إلى الميسرة) كما لو كان دينه مؤجلاً و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يتحقق القضاء بالإفلاس لأن مال الله تعالى غاد و رائح) أي آت و ذاهب و كم من غني يمسي في مال جزيل و يصبح فقيراً و كم من فقير يمسي و يصبح غنياً (و لأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً) إذ لا وقوف لهم على الحقيقة (فيصلح) أي الظاهر (للدفع لا لإبطال حق الملازمة و قوله) أي قول القدوري في مختصره (إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار) و اليسار بفتح الياء إسم للإيسار من أيسر أي استغنى و الإعسار مصدر أعسر أي افتقر و في بعض النسخ على بينة العسار بفتح العين بمعني الإعسار قال في المغرب (١) هو خطأ محض قيل ذكر هذا على طريق الازدواج قلت لم يقل أحد في الازدواج باللحن و الخطأ في اللفظ على أنه لا يطلب إلا في الخطب و الرسائل في كلام الفصحاء أو يقع في كلام الله تعالى لابتداع أسلوبه و نهايته في منهج البلاغة و الفصاحة أو كلام الرسول ﷺ لكونه مخصوصاً بجوامع الكلم

---

(١) المغرب مادة عسر ص ٦١ ج ٢.

لأنها أكثر إثباتاً إذ الأصل هو العسرة و قوله فى الملازمة لا يمنعونه من التصرف و السفر دليل على أنه يدور معه أينما دار و لا يجلسه فى موضع لأنه حبس فيه و لو دخل فى داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة و لو اختيار المطلوب الحبس و الطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه

---

(لأنها) أى لأن بينة اليسار (أكثر إثباتاً إذ الأصل هو العسرة) و اليسار طار فصار كبينة ذى اليد فى مقابلة بينة الخارج و فى خلاصة الفتاوى فإن أقام المديون البينة على الإفلاس و أقام الطالب البينة على اليسار فبينة الطالب أولى و لا حاجة الى بيان ما يثبت به اليسار و فى بينة الإفلاس لا يشترط حضرة المدعى و ينبغى أن يقول الشهود إنه فقير لا نعلم له مالاً و لا عرضاً من العروض يخرج بذلك عن حال الفقير و عن أبى القاسم الصفارؒ ينبغى أن يقول الشهود نشهد أنه مفلس معدم لا نعلم له مالاً سوى كسوته التى عليه و ثياب ليلة و قد إختبرنا أمره فى السر و العلانية (و قوله) أى قول القدورىؒ (فى الملازمة لا يمنعونه من التصرف و السفر دليل على أنه) أى الغريم (يدور معه) أى مع المديون (أينما دار ) أى المديون (و لا يجلسه فى موضع) أى لا يجلس الغريم المديون فى موضع معين (لأنه حبس فيه) أى لأن إجلاسه فى موضع معين حبس و ليس له حق الحبس لأنه ليس بمستحق عليه و عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال للمدعى أن يحبسه فى مسجد حيه أو فى بيته لأنه ربما يطوف به فى الأسواق و السكك من غير حاجة فيتضرر به المدعى و فى رواية عنه يلازمه حيث أحب فى المصر و لو كان لا معيشة له إلا من كدّ يده لا يمنعه أن يسعى فى مقدار قوته يوماً فيوما فإذا حصل ذلك القدر فى يومه فله منعه من الذهاب فى ذلك و يجلسه و فى الواقعات رجل قضى عليه بحق لانسان فأمر غلامه أن يلازم الغريم فقال الغريم لا أجلس معه بل أجلس مع المدعى فله ذلك لأنه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبد فيكون عليه فى ذلك زيادة ضرر (و لو دخل فى داره لحاجته) كغداء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج لأن الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة) و عن هذا قيل إذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا آخر لأجل الغائط فحينئذ له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب من جانب آخر كذا فى الذخيرة و فى الأقضية إذا كان عمل الملزوم سقى الماء و نحوه ليس لصاحب الحق أن يمنعه من ذلك إلا إذا كفاه نفقته و نفقة عياله و لو اختار المطلوب الحبس و الطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه) أى لأن خيار الطالب (أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه) أى لاختيار الطالب

إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بيّن بأن لا يمكّنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه و لو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالأجنبيه و لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال و من أفلس و عنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحجر القاضي على المشترى بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشترى عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع و هذا لأنه عقد معاوضة و قضيّته (١) المساواة و صار كالسلم

---

الأضيق على المطلوب (إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه) أى على المطلوب (بالملازمة ضرر بيّن بأن لا يمكّنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه و لو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالأجنبية و لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) و لم يذكروا إذا كان الدين للمرأة على الرجل فعلى التعليل المذكور ينبغي أن يبعث رجلاً أميناً من جهتها يلازمه و في الخلاصة (٢) فإن لم يجد امرأة إن شاء جعلها مع امرأة في بيت و هو على بابهما أو المرأة في بيت نفسها و هو على بابها و نقله عن المنتقى (قال) أى القدوريّ (و من أفلس) و في بعض النسخ فإن أفلس يقال أفلس (٣) الرجل إذا لم يبق في يده مال كأنما صارت دراهمه فلوسا و زيوفا كما يقال أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثاء و أقطف إذا صارت دابته قطوفا و يجوز أن يراد به أنه صار إلى حال يقال فيها كما يقال أقهر الرجل إذا صار إلى حال يقهر عليها و أذل الرجل إذا صار إلى حال يذل فيها (و عنده متاع لرجل بعينه) أى و الحال أن عنده متاعا لشخص معين (ابتاعه منه) أى قد اشتراه من الرجل كما في قوله تعالى ﴿أو جاءوكم (٤) حصرت صدورهم﴾ أى قد حصرت (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) أى في المتاع (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يحجر القاضي على المشترى بطلبه) أى بطلب البائع الحجر عليه حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشترى عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع و هذا) إشارة إلى وجه القياس و الجامع بين عجز المشترى عن إيفاء الثمن و عجز البائع عن تسليم المبيع (لأنه) أى لأن البيع (عقد معاوضة و من قضيته المساواة) أى و من قضية عقد المعاوضة المساواة و هي فيما ذكرنا (وصار كالسلم) هذا جواب عما يقال هذا قياس مع وجود الفارق و هو فاسد و

---

(١)و قضيّته. ن. و من قضيّته. (٢) الخلاصة ص٤٧ ج٤. (٣)أفلس الرجل الخ. كذا في تاج العروس مادة فلس ص٢١٠ ج٤. (٤)أو جآءوكم الآية. النساء: ٩٠.

و لنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين و هو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره و إنما المستحق وصف فى الذمة أعنى الدين و بقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا فى موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين

---

ذلك لأن الثمن دين فى الذمة و هو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ فأجاب بقوله وصار كالسلم يعنى لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة و إذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدى الناس كان لرب السلم حق الفسخ كذا هذا و بقول (١) الشافعى رحمه الله تعالى قال مالك و أحمد و الأوزاعى و إسحاق و أبو ثور و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و روى ذلك عن عثمان و على و أبى هريرة رضى الله تعالى عنهم (و لنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين) أى عين الدراهم المنقودة و عين الدنانير المنقودة (و هو غير مستحق بالعقد) أى عين الدراهم المنقودة أو عين الدنانير المنقودة غير مستحق بالعقد (فلا يثبت حق الفسخ باعتباره) أى باعتباره أنه غير مستحق بالعقد (و إنما المستحق) أى بالعقد (وصف فى الذمة أعنى الدين) و لا يلزم من العجز عن تسليم عين الدراهم أو عين الدنانير بالإفلاس العجز عن المستحق بالعقد (و بقبض العين يتحقق بينهما) أى بين البائع و المشترى (مبادلة) حكمية هذا جواب عما يقال لما كانت العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة و تقرير الجواب أن المستحق بالعقد هو الوصف الثابت فى الذمة و قضاء الدين واجب و ذلك بالوصف الثابت فى الذمة غير متصور و جعل الشارع العين بدلاً عنه فإذا قبض العين بدلاً عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصاً (هذا) أى تحقق المبادلة (هو الحقيقة) فى قضاء الدين (فيجب اعتبارها إلا فى موضع التعذر كالسلم) حيث يكون للمسلم فيه الذى هو الحنطة أو الشعير حكم الدين الذى هو الوصف الثابت فى الذمة لتعذر القول بالإستبدال (لأن الإستبدال ممتنع) لقوله (٢) عليه الصلاة و السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك (فأعطى للعين حكم الدين) تحرزاً عن الإستبدال فيكون العين مستحقاً بالعقد فصار العجز عنه كالعجز عن تسليم المبيع فإن قيل ما تقول فى حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه

---

(١) و بقول الشافعى رحمه الله تعالى قال مالك رحمه الله تعالى الخ. أقول و به قال أيضا عطاء بن أبى رباح و عروة بن الزبير و طاوس و الشعبى فى رواية و عبيدالله بن الحسن رحمهم الله تعالى كما فى العمدة ص٢٣٨ ج١٢.
(٢) لقوله عليه الصلاة و السلام الخ. قد مرّ تحقيق هذا الحديث فى البناية شرح الهداية ص٤١ ج١١.

..................................

الذي أخرجه (١) البخاريّ و مسلمٌ و غيرهما أنه عليه الصلاة و السلام قال من أدرك ماله بعينه عند رجل أو انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره و قد روى هذا الحديث بوجوه مختلفة قلت أبو هريرة رضي الله تعالى عنه روى أيضاً عن النبي عليه الصلاة و السلام أيما رجل با ع سلعة فادرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس و لم يقتض من ثمنها شيئا فهي له و إن كان قضى من ثمنها شيئا فما بقي فهو أسوة الغرماء أخرجه (٢) الدارقطنيّ فاختلفت الرواية و ذلك يوجب وهناً في الحديث على ما عرف فإن قلت في إسناده ابن عياش و هو ضعيف قلت قد وثقه أحمد رحمه الله تعالى و قد احتج بالحديث الخصاف و الرازي رحمهما الله تعالى فان قلت قال الدارقطنيّ لا يثبت هذا الحديث عن الزهري رحمه الله تعالى مسنداً و إنما هو مرسل قلت المرسل عندنا حجة و أسنده الخصاف و الرازي رحمهما الله تعالى و لئن سلمنا فمعناه إذا با ع شيئا على أنه بالخيار فوجد المشتري مفلساً في مدة الخيار فهو أحق بماله أي فيتخير الفسخ و يكون معناه إرشادا إلى ما هو الأوثق كما في قوله تعالى ﴿و أشهدوا (٣) إذا تبايعتم﴾ و غيره و قيل هذا محمول على الغصب فان المغصوب منه أحق بماله إذا وجد عند الغاصب و فيه نظر لأن قوله قد أفلس يبقى حينئذ ضائعاً لأن أحقية المالك ثابت في الغصب وجده مفلساً أو مليئاً و قيل هو محمول على الوديعة و فيه نظر أيضاً و قيل هو محمول على أنه قبض المبيع بغير إذن البائع و في هذا الموضع له حق الاسترداد و ما ذهبنا إليه هو قول (٤) جماعة من الجلّة الاكابر قال (٥) عبدالرزاقّ أخبرنا معمرٌ عن الزهريّ قال أيما رجل با ع من رجل سلعة فأفلس المشتري فإن وجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها فان كان قبض من ثمنها شيئاً فهو و الغرماء فيها سواء و إن مات المشتري فالبائع أسوة الغرماء و كذا (٦) روى

(١) أخرجه البخاريّ في الاستقراض باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع و القرض و الوديعة فهو أحق به ص ٣٢٣ ج١ و مسلمٌ في البيوع باب من أدرك ما باعه عند المشتري و قد أفلس فله الرجوع فيه ص ١٧ ج٢ و ابو داودٌ فيه باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه ص ١٤٠ ج٢ و الترمذيّ فيه باب ما جآء إذا أفلس للرجل غريم فيجد عنده متاعه ص ١٥٢ ج١ و النسائيّ فيه (باب) الرجل يبتاع البيع فيفلس و يوجد المتاع بعينه ص ٢٣١ ج٢ و ابن ماجة في الأحكام باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ص ١٧٢. (٢) أخرجه الدارقطنيّ في الأقضية ص ٢٣٠ ج٤. (٣) و أشهدوا الآية. البقرة: ٢٨٢. (٤) و هو قول جماعة من الجلة الاكابر منهم سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله تعالى و ابراهيم النخعي و الحسن البصري و الشعبي في رواية و وكيع بن الجراح و عبدالله بن شبرمة قاضي الكوفة رحمهم الله تعالى كما في العمدة ص ٢٤٠ ج١٢. (٥) قال عبدالرزاقّ في البيوع باب الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها ص ٢٦٣ ج٨. (٦) و كذا روى أي عبدالرزاقّ في الباب المذكور آنفا.

والله أعلم.

عن عمر بن عبدالعزيز و روى (١) أيضاً عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح قال أيما غريم اقتضى منه شيئاً بعد إفلاسه فهو و الغرماء سواء يخاصمهم به و به كان يفتي ابن سيرين و إليه ذهب ابن حنبل ذكره صاحب التمهيد و في الاستذكار قال النخعي و أبو حنيفة و أهل الكوفة هو أسوة الغرماء على كل حال و روى (٢) ذلك عن خلاس عن علي رضي الله تعالى عنه و ابن حزم صحح روايته و حكى الخطابي هذا القول عن ابن شبرمة أيضاً فان قلت روى أحمد في مسنده عن سمرة رضي الله تعالى عنه أنه عليه الصلاة و السلام قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به قلت في اسناده عمر بن ابراهيم قال أبو حاتم لا يحتج به فان قلت روى (٣) البيهقي عن الشافعي رحمه الله تعالى قال قرأنا على مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبدالرحمن أن رسول الله ﷺ قال أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه و لم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به و إن مات المشتري فصاحب السلعة أسوة الغرماء قلت هذا مرسل و هو ليس بحجة عندكم فان قلت روى (٤) من حديث معمر عن أيوب عن عمرو بن دينار عن هشام بن يحيى عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال إذا أفلس الرجل و وجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها دون الغرماء قلت قد مر الجواب عن حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه في هذا الباب فان قلت روى (٥) البيهقي عن الطيالسي عن ابن أبي ذئب حدثني متاعا أبو المعتمر عن عمر بن خلدة قال أتينا أبا هريرة رضي الله تعالى عنه في صاحب لنا أصيب يعني أفلس فأصاب رجل متاعا بعينه قال أبو هريرة رضي الله تعالى عنه هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ إن من أفلس أو مات فأدرك رجل متاعه بعينه فهو أحق به إلا أن يدع الرجل وفاء و ذكر البيهقي عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه قال الذي أخذت به أولى يعني حديث ابن خلدة من قبل أن ما أخذت به موصول يجمع فيه النبي ﷺ بين الموت و الإفلاس و حديث ابن شهاب منقطع قلت قال عبدالحق في أحكامه قال أبو داود من يأخذ بهذا أبو المعتمر من هو إنا لا نعرفه و قال الطحاوي لا يعرف من هو و لا سمعنا له ذكراً إلا في هذا الحديث و يحتمل أن تكون أو فيه للشك فلا يدرى المذكور فيه هل هو الافلاس أو الموت و في الإشراف لابن المنذر الحديث مجهول (الإسناد والله أعلم) بالصواب.

(١) و روى أي عبدالرزاق في الباب المذكور آنفا. (٢) روى ذلك الخ. رواه عبدالرزاق في الباب المذكور آنفا. (٣) روى البيهقي في التفليس باب المشتري يموت مفلسا بالثمن ص٤٦ ج٦. (٤) روى البيهقي في التفليس باب المشتري يفلس بالثمن ص٤٦ ج٦. (٥) روى البيهقي في التفليس باب المشتري يموت مفلسا بالثمن ص٤٦ ج٦.

# كتاب المأذون

## الإذن هو الإعلام لغة و فى الشرع فك الحجر و إسقاط الحق عندنا و العبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته

(كتاب المأذون (١))

إيراده عقيب الحجر ظاهر التناسب إذ الإذن بعد الحجر (الإذن (٢) هو الإعلام لغة) يعنى من حيث اللغة قال (٣) الجوهرىّ أذن له فى الشىء إذناً و أذن بمعنى علم و منه قوله تعالى ﴿فأذنوا (٤) بحرب من الله و رسوله﴾ و أذن له اذناً بفتحتين استمع انتهى قال تاج الشريعةّ و فيما نحن فيه إعلام لأن المولى يعلم عبده بعدم حجره و يعلم الناس بذلك أيضاً (و فى الشرع فك الحجر) أى الحجر الثابت بالرق و رفع المانع من التصرف حكماً (و إسقاط (٥) الحق عندنا) فان المولى إذا اذن لعبده فى التجارة فقد أسقط حق نفسه الذى كان العبد لأجله محجوراً عن التصرف فى مال المولى قبل إذنه فيصير عندنا بمنزلة المكاتب و عند الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى هو إنابة و توكيل و قال الأترازىّ و إنما قيد بقوله عندنا احترازاً عن قول زفر و الشافعى رحمهما الله تعالى فإن الإذن عندهما توكيل و إنابة فى التصرف و فائدة الخلاف أن الاذن بالتجارة لا يتخصص حتى لو أذن له فى نوع يكون مأذوناً فى أنواع التجارة عندنا خلافاً لهما و لزفرّ أيضاً كما يجىء إن شاء الله تعالى (و العبد بعد ذلك) أى بعد إسقاط الحق (يتصرف لنفسه بأهليته) أى بأهليته القديمة فيكون

(١)المأذون أى الاذن فهو مصدر كمعسور و إن كان الظاهر أنه صفة لكنه يحتاج لحذف المضاف و الصلة فى الكرمانى يقال مأذون له أو لها و ترك الصلة ليس من كلام العرب و أقره القهستانى در منتقى و تقدير المضاف إذن المأذون لأن البحث عن الأفعال لا عن الذات و فى المصباح أن الفقهاء يحذفون الصلة لفهم المعنى كذا فى الشامية.
(٢) الاذن هو الاعلام لغة. قال العلامة قاضى زادهّ فى الأفكار: أقول لم أر قط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقاف مجىء الاذن بمعنى الاعلام و إنما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام و لعل المشايخ رحمهم الله تعالى تسامحوا فى التفسير فعبروا عن معنى الاذن من أذن له فى الشىء اذنا أى أباحه كما صرح به فى القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام و لا يخلو عن نوع الايماء إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال أما اللغة فالاذن فى الشىء رفع المانع لمن هو محجور عنه و اعلام باطلاقه فيما حجر عنه من أذن له فى الشىء اذنا اه ثم إن من المستبعد ما ذكره الامام الزيلعىّ حيث قال فى التبيين و الاذن فى اللغة الاعلام و منه الاذان و هو الاعلام بدخول الوقت اه و الأظهر فى تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زادهّ فى مبسوطه حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لأنه ضد الحجر و هو المنع فكان إطلاقا عن شىء أىّ شىء كان اه. (٣) قال الجوهرىّ فى الصحاح مادة أذن ص٢٠٦٨ ج٥. (٤)فأذنوا الآية. البقرة: ٢٧٩. (٥)و إسقاط الحق. أقول هذا كالتفسير لقوله فك الحجر و لا يخفى عليك أن الصبى و المعتوه ليس فيه إسقاط حق كذا فى السعدية لكن قال ابن الكمالّ يعنى حق المنع لا حق المولى لأنه مع إختصاصه باذن العبد غير صحيح لأن حق المولى لا يسقط بالاذن و لذلك يأخذ من كسبه جبرا اه كذا فى الشامية.

لأنه بعد الرق بقى أهلاً للترف بلسانه الناطق و عقله المميز و انحجاره عن التصرف. لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه إلا موجباً لتعلق الدين برقبته أو كسبه و ذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه و لهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى و لهذا لا يقبل التوقيت حتى لو أذن لعبده يوماً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه

---

تصرفه لنفسه لا لمولاه بالتوكيل و الانابة (لأنه بعد الرق بقى أهلاً للتصرف بلسانه الناطق و عقله المميز) أى لأن العبد بعد الرق صار أهلاً للتصرفات إذ ركن التصرف كلام معتبر شرعاً لصدوره عن مميز و محل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق و هما لا يفوتان بالرق إذ صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر و بالرق لا يخرج عن كونه بشراً غير أن امتناعه (و انحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد) أى ما عرف (تصرفه إلا موجباً لتعلق الدين برقبته أو كسبه و ذلك) أى ما ذكر من رقبته أو كسبه (مال المولى فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه) فاذا أذن فقد رضى باسقاط حقه (و لهذا) أى و لكون صحة تصرفه بأهلية نفسه (لا يرجع) أى العبد (بما لحقه من العهدة (١) على المولى) لأنه يتصرف فى ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس و ذمته خالص حقه لا محالة و لهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح و إن كذبه المولى فكان الشراء حقاً له و هذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضاً لكن شرطنا إذن المولى دفعاً للضرر عنه بغير رضاه فان قيل العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف و هو الملك فينبغى أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها و هو ليس بأهل لذلك أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد و الرقيق أصل فى ذلك كما أشرنا إليه فان قيل لو كان العبد يتصرف بأهليته و الإذن فك الحجر لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لأنه أسقط حقه و الساقط لا يعود أجيب بأن الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا بحق الاسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود (و لهذا) أى و لكون الإذن إسقاطاً عندنا (لا يقبل التوقيت) أى لا يقبل الاذن التوقيت (حتى لو أذن لعبده يوماً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه) لأن تصرفه بحكم مالكيته الأصلية و إنها عامة لا تختص بنوع و مكان و وقت فان قيل قوله فك الحجر جواب و إسقاط الحق مذكور فى حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه أجيب عنه بجوابين أحدهما أنه ليس باستدلال و إنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك و الثانى أن حكمه الشرعى هو تعريفه فكان الإستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً لا يقال لا يصح

---

(١) العهدة فعلة بمعنى مفعول من عهده لقيه قهستانى كذا فى الشامية.

لأن الإسقاطات لا تتوقت ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع و يشترى فسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً لزفر و الشافعي رحمهما الله تعالى

الإستدلال على عدم التخصيص و التوقيت بأن الإذن عبارة عن فك الحجر و الإطلاق و تمليك اليد فان القضاء إطلاق و اثبات للولاية مع أنه قابل للتخصيص و كذا الإعارة و الإجارة تمليك للمنفعة و اثبات اليد على العين مع أنه قابل للتخصيص لأنا نقول القاضي لا يعمل لنفسه بل هو نائب عن المسلمين و لهذا يرجع بما لحقه من العهدة فى مال المسلمين بخلاف العبد فانه لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة و أما المستأجر و المستعير فانه يتصرف فى محل هو ملك الغير بايجاب صاحب الملك له و إيجابه فى ملك نفسه يقبل التخصيص فافهم (لأن الاسقاطات) كالطلاق و العتاق و تأجيل الدين و تأخير المطالبة (لا تتوقت) إذ الساقط يتلاشى (ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت (١) بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع و يشترى فسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً لزفر و الشافعي) و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و هذا من باب بيان الضرورة و قد عرف فى الأصول قالوا السكوت محتمل للرضا و فرط الغيظ و قلة الإلتفات إلى تصرفه لعلمه لكونه محجوراً و المحتمل لا يكون حجة قلنا جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى و معاملتهم قد تفضى إلى لحوق ديون عليه و إذا لم يكن مأذوناً تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق و قد يعتق و قد لا يعتق و فى ذلك إضرار بالمسلمين باتواء حقهم و لا إضرار فى الإسلام و ليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه و قد لا يحلقه فكان موضع بيان أنه راض به أو لا والسكوت فى موضع الحاجة إلى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذى رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره و كذا إدا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن إذنا و المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذنا و إذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لا يكون إذنا فما الفرق أجيب بأن الضرر فى التصرف الذى رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه فى الحال فلا يثبت بسكوته و ليس فى ثبوت الاذن فى غيره ذلك لما قلنا إن الدين قد يلحقه و قد لا يلحقه و لا يلزم من كون السكوت إذناً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذناً بالنظر إلى متحقق و هو الجواب عن بيع الأجنبى ماله و فى الرهن لم يصر سكوته إذنا لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد و قد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضاً يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم لأن بطلان ملكه عن الثمن

(١) يثبت بالدلالة الخ. و فى الحقائق إنما يجعل سكوت المولى إذنا إذا لم يسبق منه ما يوجب نفى الاذن حالة السكوت كقوله لأهل السوق إذا رأيتم عبدى يتجر فسكت فلا إذن له بالتجارة ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذونا اتفاقا كذا فى الشامية.

و لا فرق بين أن يبيع عيناً مملو كاً للمولى أو الأجنبى بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له و لو لم يكن المولى راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم قال و إذا أذن المولى لعبده فى التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه فى سائر التجارات و معنى هذه المسألة أن يقول له أذنت لك فى التجارة و لا يقيّده و وجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع و يشترى ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة و لو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جاز لتعذر

موقوف لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية و بطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى و أما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه إذناً قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلامّ لأن السكوت إنما يصير إذناً و إجازة دفعاً للضرر و لا ضرر على أحد فى نكاح العبد و الأمة لأن النكاح يكون موقوفاً لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه و منافع بضع المملوكة كذلك و ليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً و أمكن فسخه فلا يتضرر به أحد قيل فيه نظر لأنه لا كلام فى أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى و إجازته و إنما هو فى أن سكوته إجازة أو لا و لعل الصواب أن يقال إن فى ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت إذناً (و لا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو الأجنبى) أى أو مملوكاً للأجنبى (باذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها) أى فى التجارة (فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له و لو لم يكن المولى راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم) أى عن كل ما رآه من الناس (قال) أى القدورىّ (و إذا أذن المولى لعبده فى التجارة إذناً عاماً) يعنى (١) لم يقيده بنوع من التجارة (جاز تصرفه فى سائر التجارات) أى جميعها يقال سائر الناس أى جميعهم (و معنى هذه المسألة) أى معنى مسألة الاذن العام يعنى تصوره (أن يقول له أذنت لك فى التجارة و لا يقيده) بنصب الدال عطفاً على قوله أن يقول أى و لا يقيد الاذن بنوع من أنواع التجارة و هذا بلا خلاف و إنما الخلاف فى الاذن بنوع فكان فائدة ذكر معنى المسألة لبيان نفى الخلاف (و وجهه) أى وجه جواز تصرفه فى سائر التجارت (أن التجارة إسم عام) لأنه إسم جنس محلى باللام فكان عاماً (يتناول الجنس) أى جنس التجارة للعموم (فيبيع و يشترى) أى إذا كان كذلك فيبيع و يشترى (ما بدا له) أى ما ظهر له (من أنواع الأعيان لأنه) أى لأن بيع الأعيان (أصل التجارة) و المنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (و لو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر

(١) يعنى لم يقيده الخ. و أما لو قيده بنوع من التجارة أو بوقت أو بمعاملة شخص زيلعىّ أو بمكان فيعم كذا فى الشامية.

الاحتراز عنه و كذا بالفاحش عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما هما يقولان إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالهبة و له أنه تجارة و العبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر و على هذا الخلاف الصبى المأذون و لو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين

---

الاحتراز عنه) أى عن الغبن اليسير و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز إلا بثمن المثل كما فى الوكيل (و كذا (١) بالفاحش عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أى كذا يجوز بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى سواء كان عليه دين أو لا (خلافاً لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و بقولهما قال زفر و الشافعي و أحمد رحمهم الله تعالى (هما) أى ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يقولان إن البيع بالفاحش منه) أى من الغبن (بمنزلة التبرع) و هو خلاف المقصود إذ المقود بالبيع الاسترباح دون الإتلاف (حتى اعتبر) أى البيع بالغبن الفاحش (من المريض من ثلث ماله) لأنه بمنزلة التبرع فصار كالهبة (فلا ينتظمه الاذن كالهبة) أى إذا كان كذلك فالاذن لا ينتظم البيع بالغبن الفاحش كالهبة (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أى أن البيع بالغبن الفاحش (تجارة) لا تبرع لأنه وقع فى ضمن عقد التجارة و الواقع فى ضمن الشيء له حكم ذلك الشيء (و العبد متصرف بأهلية نفسه) كما تقدم (فصار كالحر) بعد الاذن فالحر يملك البيع بالغبن الفاحش فكذا العبد المأذون و قال تاج الشريعة أى كالحر المريض المديون المستغرق جميع تركته بالدين فان قلت يشكل بالمريض حيث لا يتصرف فيما رواء الثلث و إن كان يتصرف بأهليته قلت إنما لا يملك لتعلق حق الغير و هو الغريم أو الوارث بذلك المال حتى لو رضى الغريم أو الوارث ينفذ و لا كذلك المولى لسقوط حقه (و على هذا الخلاف الصبى المأذون) أى على الخلاف المذكور الصبى المأذون له من جهة أبيه أو وصيه فى التجارة إذا باع بالغبن الفاحش و كذا المكاتب و المعتوه المأذون ثم أبو حنيفة رحمه الله تعالى فرق بين البيع و الشراء فى الغبن الفاحش فى تصرف الوكيل و سوى بينهما فى تصرف المأذون لأن الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل بالشراء متهما فى أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الآمر و هذا لا يوجد فى تصرف المأذون لأنه لا يرجع بما لحقه من العهدة على أحد فاستوى البيع و الشراء فى حقه كذا فى المبسوط (و لو حابى) أى العبد المأذون و هو من المحاباة و هو من الحباء و هو العطاء و صورته أن يوصى بأن يباع عبده من فلان و قيمته ألف مثلاً بخمسمائة (فى مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين) لأنه يكون محاباة من

---

(١) و كذا بالفاحش. أطلقه فشمل ما إذا نهاه عن البيع بالغبن الفاحش أو أطلق له كما فى البزازية منح كذا فى الشامية.

و إن كان فمن جميع ما بقى لأن الإقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة و لا وارث للعبد و إذا كان الدين محيطاً بما فى يده يقال للمشترى أدّ جميع المحاباة و إلا فاردد البيع كما فى الحر و له أن يسلم و يقبل السلم لأنه تجارة و له أن يوكل بالبيع و الشراء لأنه قد لا يتفرغ بنفسه قال و يرهن و يرتهن لأنهما من توابع التجارة فانه إيفاء و استيفاء و يملك أن يتقبل الأرض و يستأجر الأجراء و البيوت لأن كل ذلك من صنيع التجارة (١) و يأخذ الأرض مزراعة لأن فيه تحصيل الربح

المولى لأن المال للمولى و الشرط أن يكون المولى صحيحاً حتى لو كانت المحاباة منه فى مرض المولى فمحاباته باليسير و الفاحش تعتبر من الثلث عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما لو حابى المولى بنفسه فى مرضه و عندهما محاباته باليسير كذلك و بالفاحش باطل و إن كان يخرج من ثلث مال المولى لأنه لا يملك هذه المحاباة بالإذن فى التجارة كما لو باشره فى صحة المولى (و إن كان) عليه دين (فمن جميع ما بقى) يعنى يؤدى دينه أولاً فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لأن الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة و لا وارث للعبد) لا يقال المولى بمنزلة الوارث لأنه رضى بسقوط حقه بالإذن فصار كالوارث إذا أسقط حقه فى الثلثين فإنه ينفذ تصرف المريض فى الكل فكذا هذا (و إذا كان الدين مِحيطاً بما فى يده) بطلت المحاباة و (يقال للمشترى أدّ جميع المحاباة و إلا فاردد البيع كما فى الحر) إذا حابى فى مرض موته (و له أن يسلم و يقبل السلم) أى و للمأذون أن يجعل نفسه رب السلم و المسلم إليه (لأنه تجارة) أى لأن الاسلام تجارة و كذا قبول السلم (و له) أى و للمأذون (أن يوكل بالبيع و الشراء لأنه قد لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره لأن ذلك من صنيع التجار (قال) أى القدورىّ (و يرهن و يرتهن لأنهما) أى لأن الرهن و الإرتهان (من توابع التجارة فانه إيفاء) فى الرهن (و استيفاء) فى الارتهان و هما من التجارة (و يملك أن يتقبل الأرض) أى يأخذها بالقبالة أى يستأجرها أو يتقبل الأرض الموات من الإمام للاحياء و فى المغرب قبالة الأرض أن يتقبلها إنسان فيقبّلها الإمام أى يعطيها إياه مزارعة أو مَساقاة (و يستأجر الأجراء) و هو جمع أجير (و البيوت) أى و يستأجر البيوت (لأن كل ذلك) أى لأن كل ما ذكر من الأشياء التى تقدمت (من صنيع التجار و يأخذ الأرض مزارعة لأن فيه) أى فى أخذ الأرض مزارعة (تحصيل الربح) لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج و ذلك أنفع من الاستئجار بالدراهم لأنه إذا لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستئجار بالدراهم و إن

(١) التجارة. ن. التجار.

و يشترى طعاماً فيزرعه فى أرضه لأنه يقصد به الربح قال عليه الصلاة و السلام الزارع يتاجر ربه و له أن يشارك شركة عنان و يدفع المال مضاربة و يأخذها لأنه من عادة التجار و له أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لأنها تابعة لها و لنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها (١) إلا إذا كان يتضمن إبطال الاذن كالبيع لأنه ينحجر به و الرهن

---

كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو آجر نفسه من رب الأرض لعمل الزراعة ببعض الخارج و لو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا (و يشترى طعاماً فيزرعه فى أرضه لأنه يقصد به الربح) و إن كان استهلاكاً حقيقة (قال عليه الصلاة و السلام) أى قال النبى ﷺ (الزارع يتاجر ربه) هذا الحديث ليس له أصل و هو غريب جداً (و له) أى للمأذون (أن يشارك شركة عنان) قيد به لأنه ليس له شركة المفاوضة لأن مبناه على الوكالة و الكفالة و الوكالة داخلة تحت الإذن دون الكفالة ثم شركة العنان إنما تصح منه إذا اشترك مطلقاً عن ذكر الشراء بالنقد و النسيئة أما لو اشترك المأذونان شركة عنان على أن يشتريا بالنقد و النسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة و جاز النقد لأن فى النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه و المأذون لا يملك الكفالة و لو أذن لهما المولیان فى الشركة على الشراء بالنقد و النسيئة و لا دين عليهما فاشتركا جاز كما لو أذنا لهما بالكفالة و لو اشتركا مفاضة بالاذن تصير عناناً كذا فى المبسوط و الذخيرة (و يدفع المال مضاربة و يأخذها) أى يأخذ المضاربة أيضاً (لأنه من عادة التجار) أى لأن كل واحد من دفع المال مضاربة و أخذها من عادة التجار (و له) أى و للمأذون (أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى) و بقول الشافعي رحمه الله تعالى قال أحمد رحمه الله تعالى و قال الحليمىّ من أصحابه يجوز كقولنا و كذا لو وكل إنساناً لا يجوز عند الشافعي رحمه الله تعالى و كذا لو آجر عبيد التجارة و دوابه لا يجوز عنده فى قول و فى الأصح يجوز (و هو) أى الشافعي رحمه الله تعالى (يقول لا يملك العقد على نفسه) بالبيع و الرهن يعنى لا يملك بيع نفسه و لا رهنها بدين عليه (فكذا على منافعه) أى فكذا لا يملك على منافع نفسه (لأنها تابعة لها) أى لأن منافع نفسه تابعة لنفسه (و لنا أن نفسه رأس ماله) لأن المولى أذن له بالاكتساب و لم يدفع إليه مالاً و ما هو رأس المال المأذون له يملك التصرف فيه ضرورة و هو معنى قوله (فيملك التصرف فيه) أى فى رأس ماله (إذا كان) أى التصرف (يتضمن إبطال الاذن كالبيع) أى بيع نفسه (لأنه ينحجر به) أى بالبيع لأنه يخرج به عن ملك المولى لو صح (و الرهن) أى

---

(١) فيها. ن. فيه.

لأنه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الإجارة لا ينحجر به و يحصل به المقصود و هو الربح فيملك (١) قال فإن أذن له فى نوع منها دون غيره فهو مأذون فى جميعها و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يكون مأذوناً إلا فى ذلك النوع و على هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر لهما أن الإذن توكيل و إنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته و يثبت الحكم و هو الملك له دون العبد و لهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه كالمضارب و لنا أنه إسقاط الحق و فك الحجر على ما بيناه و عند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع

---

و كالرهن أى رهن نفسه على دين (لأنه يحبس به) أى لأن المأذون له يحبس بالرهن عند المرتهن (فلا يحصل مقصود المولى) و هو الربح (أما الاجارة) أى إجارة نفسه (لا ينحجر به و يحصل به المقصود و هو الربح فيملكها) أى إذا كان كذلك فيملك الاجارة و ما ذكره الشافعي رحمه الله تعالى ينتقض بالحر فانه لا يملك بيع نفسه و يملك إجارته (قال) أى القدوري (فإن أذن فى نوع منها دون غيره) أى فإن أذن المولى لعبده فى نوع من التجارات دون نوع (فهو مأذون فى جميعها) أى فى جميع التجارات قال فى الايضاح سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت صورته أن يقول لعبده تصرف فى الخز و سكت أو قال تصرف فى الخز و لا تتصرف فى البز فإنه يملك التصرف فى الخز و البز جميعاً (و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يكون مأذوناً إلا فى ذلك النوع و على هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر) فعندنا يملك التصرف فى الكل و عندهما لا يملك إلا فيما عيّنه (لهما) أى لزفر و الشافعي رحمهما الله تعالى (أن الاذن توكيل و إنابة من المولى لأنه) أى لأن العبد المأذون (يستفيد الولاية من جهته) أى من جهة المولى (و يثبت الحكم و هو) أى الحكم (الملك له) أى للمولى يعنى أن المقصود من التصرف حكمه و حكمه الملك و هو للمولى (دون العبد) أى لا للعبد لأنه بالرق خرج عن أن يكون أهلاً للملك (و لهذا) أى و لكون الملك للمولى دون العبد (يملك حجره) أى يملك المولى حجر العبد (فيتخصص بما خصه به) أى إذا كان كذلك فيتخصص الاذن بما خصّه المولى كما لو أذنه بالتزويج من امرأة بعينها لم يكن له أن يتزوج غيرها (كالمضارب) إذا قال له رب المال اعمل مضاربة فى البز مثلاً ليس له أن يعمل فى غيره (و لنا أنه) أى إذن المولى (إسقاط الحق و فك الحجر على ما بيناه) أى فى أول كتاب المأذون (و عند ذلك) أى عند الاذن (يظهر مالكية العبد) فيصير كالمكاتب (فلا يتخصص بنوع

---

(١)فيملك. ن. فيملكها.

دون نوع بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته و حكم التصرف و هو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين و النفقة و ما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال و إن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لأنه استخدام و معناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقاً لأهله

---

دون نوع) لكون التخصيص إذ ذاك تصرفاً في ملك الغير و هو لا يجوز. فان قلت ينتقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر و إسقاط الحق و إذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها قلت الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي و الرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى و لهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل و النائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قلت الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن و قد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في البز دون الخز قلت هذا ضرر غير متحقق و لئن كان فله مدفع و هو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يدفع ذلك فان قلت العبد يتصرف في كسبه و هو مملوك للمولى فيصح التخصيص ألا ترى أنه لو استعار من آخر ثوباً ليرهنه في دينه فان للمعير أن يرهنه من فلان و لا يملك أن يرهنه من غيره و لو أذن أن يرهنه بالدراهم لا يملك رهنه بالدنانير قلت أما في الشراء فلا يستقيم لأنه يتصرف في ذمته و أما في البيع فنقول الكسب حصل بتصرفه فيكون له إلا فيما تعذر إيقاعه له فان قلت إنه أزال الحجر في حق تصرف خاص لأنه نص عليه دون غيره قلت بلى و لكن يوجب الرضى بتعطيل منافعه مطلقاً و لا فرق بين أن تتعطل منافعه بهذا التصرف أو بتصرف آخر (بخلاف الوكيل) هذا يجوز أن يكون جواباً عن قوله كالمضارب لأن المضارب وكيل و الوكيل يستفيد الولاية من جهته (لأنه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته) أي من جهة الغير (و حكم التصرف) جواب لقوله و يثبت الحكم للمولى و هو ممانعة بالسند أي لا نسلم أن حكم التصرف (و هو الملك واقع) للمولى بل هو واقع (للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين و النفقة) بغير إذن المولى (و ما استغنى عنه) أي و ما استغنى المأذون له عنه (يخلفه المالك فيه) أي في الذي استغنى عنه (قال) أي القدوريّ (و إن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لأنه استخدام و معناه) أي معنى قول القدوريّ و إن أذن له في شيء بعينه (أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقاً لأهله) أي لأجل أن يكون رزقاً أو قوتاً لعياله و إنما فسر هكذا احترازاً عما إذا علم أن مقصوده الاذن في ذلك فحينئذ يكون مأذوناً

و هذا لأنه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما إذا قال أدّ إليّ الغلّة كلّ شهر كذا أو قال أدّ إليّ ألفاً و أنت حر لأنه طلب منه المال و لا يحصل إلا بالكسب أو قال له أقعد صباغاً أو قصاراً لأنه أذن بشراء ما لا بد منه لهما و هو نوع فيصير مأذوناً فى الأنواع قال و إقرار المأذون بالديون و الغصوب جائز

فى التجارة كما إذا قال اشتر لى ثوباً و بعه فإن قوله بعه يدل على الاذن فى التجارة (و هذا) توضيح لما ذكره (لأنه لو صار مأذوناً) أى لأن العبد لو صار مأذوناً بإذنه فى شيء بعينه (ينسد عليه) أى على المولى (باب الاستخدام) أى استخدام العبد فى حوائجه لافضائه إلى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذوناً يصح إقراره بديون تستغرق رقبته و يؤاخذ بها فى الحال فحينئذ لا يتجرأ أحد على استخدام عبده فيما اشتدت إليه حاجته لأن غالب استعمال العبيد فى شراء الاشياء الحقيرة فان قلت ما الحد الفاصل بين الاستخدام و الاذن بالتجارة قلت إن أذن بتصرف مكرر صريحاً مثل أن يقول اشتر لى ثوباً و بعه أو قال بع هذا الثوب و اشتر بثمنه أو دلالة كما إذا قال أدّ إليّ الغلة كل شهر أو أدّ إليّ ألفاً و أنت حر أشار إليه المصنفؒ بقوله (بخلاف ما إذا قال) أى قال المولى لعبده (أدّ إليّ الغلّة كلّ شهر كذا) خمسة دراهم مثلا (أو قال أدّ إليّ ألفاً و أنت حر لأنه طلب منه المال و لا يحصل) أى المال (إلا بالكسب) فهو دلالة التكرار (أو قال له) أى قال المولى لعبده (أقعد صباغا أو قصاراً لأنه أذن) دلالة (بشراء ما لا بد منه لهما) أى للصباغ و القصار (و هو نوع) من الأنواع يتكرر بتكرر العمل المذكور (فيصير مأذوناً فى الأنواع) كلها أما إذا أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله و كسوتهم لا يكون إذناً فان قلت ينتقض بما إذا غصب العبد متاعاً و أمره مولاه ببيعه فانه إذن فى التجارة و ليس الأمر بعقد مكرر قلت إنه أمر بالعقد المكرر دلالة و ذلك لأن تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه و الإذن قد صدر منه صريحاً فاذا بطل التقييد ظهر الإطلاق و كلام المصنفؒ يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعى و الشخصى و الإذن بالأول دون الثاني فتأمل (قال) أى القدوريؒ (و إقرار (١) المأذون بالديون و الغصوب جائز) سواء صدقه

(١)و إقرار المأذون يعنى لغير زوج و ولد و والد و سيد فان إقراره لهم بالدين باطل عنده خلافا لهما درد كذا فى الدر المختار. قال فى المبسوط: إذا أقر المأذون لابنه و هو حر أو لأبيه أو لزوجته و هى حرة أو مكاتب ابنه أو لعبد ابنه و عليه دين أو لا فاقراره لهؤلاء باطل فى قول الامام رحمه الله تعالى و فى قولهما جائز و يشاركون الغرماء فى كسبه اه و قال فى الهندية: و إن كان على المأذون دين فأقر بشيء فى يده أنه وديعة لمولاه أو لابن مولاه أو لأبيه أو لعبد تاجر عليه دين أو لا أو لمكاتب مولاه أو لأم ولده فاقراره لمولاه و مكاتبه و عبده و أم ولده باطل فأما إقراره لابن مولاه أو لأبيه فجائز و لو لم يكن عليه دين كان إقراره جائزا فى ذلك كله اه و قال فى المبسوط: =>

و كذا بالودائع لأن الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته و معاملته و لا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار فى صحته و إن كان فى مرضه يقدم دين الصحة كما فى الحر بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لأنه كالمحجور فى حقه

---

المولى أو لا لأن الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى يجوز إقراره بديون المعاملة فقط و إقراره بالغصب و الاتلاف يصح إن صدقه المولى (و كذا بالودائع) أى و كذا يجوز (١) إقراره بالودائع و الأمانات (لأن الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته و معاملته) فلا يحصل المقصود (و لا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الاقرار فى صحته و إن كان) أى الاقرار (فى مرضه يقدم دين الصحة كما فى الحر) و الجامع تعلق حق الغرماء بما فى أيديهما من المال و الكسب (بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة) كالكفالة و الاستهلاك و الارش و الاقرار بالمهر إذا كان بغير إذن المولى فانه لا يصدق فيه (لأنه كالمحجور فى حقه) أى فى حق ما يجب من المال لا بسبب التجارة و فى المبسوط عبد مأذون غصب جارية بكراً و افتضها رجل فى يده و هرب كان لمولاها أن يأخذ العبد بعقرها لأن الفائت بالافتضاض جزء من ماليتها و هى مضمونة على العبد بجميع أجزائها و العبد مؤاخذ

---

=> إذا أقر المأذون بعين فى يده لمولاه أو لعبد مولاه إن لم يكن عليه دين جاز و إلا فلا و لو أقر بدين لمولاه لا يجوز مطلقا لأنه لا يستحق على عبده دينا اه و ظاهر التعليل اختصاص التفرقة بين الدين و العين بالمولى دون زوج المقر و ولده و والده و فى الوهبانية:

و إقراره بالعين لا الدين جائز لمولاه إلا حيثما الدين يظهر

و لو أقر لمولاه أو عبده بدين و لا دين عليه ثم لحقه دين بطل إقراره و لو بعين فلا حتى يكون المولى أحق بها من الغرماء ولوالجية و فيها أقر لابن نفسه أو أبيه أو مكاتب لابنه لم يجز شىء مما أقر به عليه دين أو لا عند الامام رحمه الله تعالى اه فقوله لم يجز شىء يشمل الدين و العين تأمل كذا فى الشامية. و فى الطورى عن المبسوط: لو أقر بدين فى مرض مولاه فعلى أقسام الأول: لا دين عليه و على المولى دين الصحة جعل كأن المولى أقر فى مرضه و يبدأ بدين الصحة. الثانى: على العبد دين و لا دين على المولى فى صحته فاقرار العبد به صحيح لأنه إنما يحجر فى مرض سيده لو على السيد دين صحة محيط بماله و رقبة العبد و ما فى يده. الثالث: على كل دين صحة فلا يخلو إما أن تكون رقبة العبد و ما فى يده لا يفضل عن دينه أو يفضل عنه لا عن دين المولى أو يفضل عنهما ففى الأول لا يصح إقراره لأنه شاغل لرقبته و ما فى يده و فى الثانى يكون الفاضل لغرماء صحة المولى و فى الثالث يصح إقراره فى ذلك الفاضل و لو لا دين على أحدهما فأقر المولى فى مرضه بألف ثم العبد بألف تحاصا فى ثمن العبد و لو أقر العبد أولاً ثم المولى بدىء بدين العبد اه ملخصا. (١)يجوز إقراره بالودائع الخ. و فيه إشعار بأن المأذون بالتجارة مأذون بأخذ الوديعة كما فى المخيط وغيره لكن فى وديعة الحقائق خلافه قهستانى كذا فى الشامية.

قال و ليس له أن يتزوج لأنه ليس بتجارة و لا يزوج مماليكه و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يزوّج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها و لهما أن الإذن يتضمن التجارة و هذا ليس بتجارة و لهذا لا يملك تزويج العبد و على هذا الخلاف الصبي المأذون و المضارب و الشريك شركة عنان و الأب و الوصي قال و لا يكاتب لأنه

بضمان الغصب في الحال مأذونا كان أو محجوراً و لو أقر العبد أنه وطيء جارية بنكاح بغير إذن مولاها فافتضها لم يصدق لأنه ليس من التجارة فان وجوب العقر هنا باعتبار النكاح و النكاح ليس بتجارة و في الايضاح لو أقر العبد المأذون بجناية على عبد أو حر أو بمهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو وجب عليه بشبه نكاح فان إقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق أما لو أقر بما يوجب القود يصح و للمقر له استيفاؤه و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و قال أحمد و محمد و زفر و المزني و داود الظاهري رحمهم الله تعالى لا يصح و قد مر في الإقرار (قال) أي القدوريّ (و ليس له) أي للمأذون (أن يتزوج لأنه ليس بتجارة ولا يزوّج مماليكه) هذا عند أبي حنيفة و محمد و الثلاثة رحمهم الله تعالى (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يزوّج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها) أي إجارة الأمة و الجامع تحصيل المال بالمنافع (و لهما) أي و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن الإذن يتضمن التجارة و هذا ليس بتجارة) معناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجار و إنكاح الأمة ليس من ذلك (و لهذا) أي و لكون تزويج الأمة ليس بتجارة (لا يملك تزويج العبد) لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد و شغل رقبته بالمهر بلا منفعة (و على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (الصبي المأذون و المضارب و الشريك شركة عنان و الأب و الوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق و يملكون تزويج الأمة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و عندهما لا يملكون تزويجها أيضاً قال السغناقي رحمه الله تعالى في هذه الرواية نظر لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما يعني للأب و الوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الأب و الوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب و للمكاتب أن يزوج أمته لأنه إكتساب لاستفادته المهر قال و ما ذكره في المكاتب أصح لأنه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط و التتمة و مختصر الكافي و أحكام الصغار و قيل يحمل على أن في المسألة روايتين و قال الامام حسام الدين رحمه الله تعالى أو يحمل ما أطلق في المكاتب على ما ذكره ههنا (قال) أي القدوريّ (و لا (١) يكاتب لأنه) أي

(١) و لا يكاتب لأن الكتابة توجب حرية اليد حالا و الرقبة مآلا و الاذن لا يوجب شيئا من ذلك و الشيء لا يتضمن ما هو فوقه كذا في التبيين.

ليس بتجارة إذ هى مبادلة المال بالمال و البدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى و لا دين عليه لأن المولى قد ملكه و يصير العبد نائباً عنه و يرجع الحقوق إلى المولى لأن الوكيل فى الكتابة سفير قال و لا يعتق على مال لأنه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى و لا يقرض لأنه تبرع محض كالهبة

لأن عقد الكتابة (ليس بتجارة إذ هى) أى التجارة (مبادلة المال بالمال و البدل فيه) أى فى عقد الكتابة (مقابل بفك الحجر) و هو ليس بمال و إن كان البدل مالاً (فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى و لا دين (١) عليه) أى إلا أن يجيز المولى عقد كتابته و الحال أنه لا دين على العبد لأن المولى بإجازة عقد الكتابة يخرج المكاتب من أن يكون كسباً للمأذون و قيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر لتعلق حق الغرماء به و لهذا لو أخذه من يد المأذون و عليه دين قل أو كثر يمنع منه (لأن المولى قد ملكه) أى قد ملك عقد الكتابة لأن كسب العبد المأذون خالص ملك المولى و المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة (و يصير العبد نائباً عنه) أى عن المولى فى عقد الكتابة عند الاجازة (و يرجع الحقوق إلى المولى) و هى مطالبة بدل الكتابة و ولاية الفسخ عند العجز و ثبوت الولاء بعد العتق إذ حقوق العبد فى باب الكتابة لا تتعلق بالوكيل (لأن الوكيل فى الكتابة سفير) لكونها اسقاطا فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهته و لقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيراً أو لا إذا عقد العقد لا يحتاج إلى إجازة و ههنا ليس كذلك و يمكن أن يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب (قال و لا يعتق على مال لأنه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى) يعنى فلا يملك الاعتاق على مال بالطريق الأولى لأنه اعتاق فى الحال و هذا إذا لم يجز المولى فان أجاز و لا دين على المأذون جاز لأنه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة و قبض المال إلى المولى دون المأذون و كذا إذا كان على المأذون دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لأنه لو أنشأ العتق و جاز يضمن القيمة فكذا إذا أجاز و لا سبيل للغرماء على العوض لأن ما يؤديه كسب الحر و حق الغرماء غير متعلق بكسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى فى حال الرق فيتعلق به حق الغرماء (و لايقرض لأنه) أى لأن الاقراض (تبرع محض كالهبة) إذ لو لم يكن كذلك لكان صرفاً

(١)و لا دين عليه أى دينا مستغرقا قال الزيلعىّ و ذكر فى النهاية لو عليه دين قليل أو كثير فكتابته باطلة و إن أجازها المولى و هذا مشكل فان ما لم يستغرق رقبته و ما فى يده لا يمنع الدخول فى ملك المولى إجماعا حتى جاز للمولى عتق ما فى يده و إنما الخلاف فى المستغرق فيمنع عنده لا عندهما اه قلت و أجيب بامكان حمله على قول الامام رحمه الله تعالى أولاً بأن غير المستغرق يمنع الدخول أيضا و ما ذكر قوله آخرا كذا فى الشامية.

و لا يهب بعوض و لا بغير عوض و كذا لا يتصدق لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء و انتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة قال إلا أن يهدى اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه

---

بالنسيئة فيكون حراماً و لهذا لا يملكه الاب و الوصى فى مال اليتيم (و لا يهب بعوض و لا بغير عوض) أما الاول فلأنه تبرع ابتداء و أما الثانى فلأنه تبرع ابتداء و انتهاء (و كذا لا يتصدق) لأن الصدقة تبرع محض (لأن كل ذلك) أى كل المذكور من الاقراض و الهبة و الصدقة (تبرع بصريحه ابتداء و انتهاء) أى فى حالة الابتداء و حالة الانتهاء و هذا يرجع إلى الاقراض و الهبة بغير العوض و الصدقة (أو ابتداء) أى أو تبرع بصريحه فى حالة الابتداء و هذا يرجع إلى الهبة بعوض (فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة) أى إذا كان الأمر كذلك فلا يدخل ما ذكر من الأمور تحت الاذن بالتجارة لأنها ليست بتجارة (قال إلا أن يهدى اليسير من الطعام) هذا استثناء من قوله لا يهب و قوله من الطعام يشير إلى أن إهداء غير المأكولات لا يجوز أصلا و به قال أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى لا يملك ذلك أيضاً بغير إذن المولى لأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه و كذا الضيافة اليسيرة عندهما و لنا أنه عليه الصلاة و السلام (١) كان يجيب دعوة المملوك (أو يضيف من يطعمه) المراد الضيافة اليسيرة و لهذا قالوا إن الاهداء اليسير راجع إلى الضيافة و فى الذخيرة له أن يتخذ الضيافة اليسيرة دون العظيمة لأن اليسيرة من صنيع

---

(١) أنه عليه الصلاة و السلام الخ. قلت رواه الترمذى فى الجنائز ص ١٢١ ج ١ و ابن ماجة فى التجارات باب ما للعبد أن يعطى و يتصدق ص ١٦٧ و اللفظ له و فى سنده مسلم الأعور قال عمرو بن علي كان يحيى بن سعيد و إبن مهدى لا يحدثان عن مسلم الأعور و كان شعبة و سفيان يحدثان عنه و هو منكر الحديث جدا و قال عبدالله بن احمد عن أبيه كان وكيع لا يسميه قلت لم قال لضعفه و قال أيضا سئل أبى عنه فقال هو دون ثور و ليث بن أبى سليم و يزيد بن أبى زياد و كان يضعف و قال اسحاق بن منصور عن ابن معين لا شىء و قال ابن أبى خيثمة عن ابن معين يقال إنه اختلط و قال أبو زرعة ضعيف الحديث و قال أبو حاتم يتكلمون فيه وهو ضعيف الحديث و قال البخارى يتكلمون فيه و قال فى موضع آخر ضعيف ذاهب الحديث لا أروى عنه و قال أبو داود ليس بشىء و قال الترمذى يضعف و قال فى موضع آخر ليس بالقوى و قال النسائى ليس بثقة و قال أيضا متروك و كذا قال على بن الحسين بن الجنيد و قال الجوزجانى غير ثقة و قال ابن حبان اختلط فى آخر عمره فكان لا يدرى ما يحدث به قلت و قال الدارقطنى ضعيف و قال مرة مضبوط الحديث و قال الفلاس أيضا متروك الحديث و قال احمد أيضا لا يكتب حديثه و قال يحيى بن معين أيضا ليس بثقة و قال ابن المدينى و العجلى ضعيف الحديث و قال الدارقطنى متروك و قال الحاكم ابو احمد ليس بالقوى عندهم و قال الساجى منكر الحديث و كان يقدم على رضى الله تعالى عنه على عثمان رضى الله تعالى عنه كذا فى التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلانى.

لأنه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لأنه لا إذن له أصلاً فكيف يثبت ما هو من ضروراته و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعى بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا

---

التجار دون العظيمة و قال (١) محمد بن سلمة رحمه الله تعالى في الحد الفاصل بينهما ينظر إلى مقدار مال تجارته فان كان عشرة آلاف درهم مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا و لو كان مال تجارته عشرة دراهم مثلاً فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيراً عرفاً و في المغني الأب و الوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة و الهدية اليسيرة و يملك التصدق بالفلس و الرغيف و الفضة بما دون الدرهم لأن ذلك من صنيع التجار و قال شيخ الاسلام خواهر زادهٌ في شرح كتاب المأذون الكبير من الاصل قالوا أما قيم الدار و هي الزوجة أو الامة فانها تطعم و تتصدق بالمطعوم على الرسم و العادة من غير سرف و إن لم يأذن لها الزوج أو المولى بذلك و قد روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه سئل هل يتصدق العبد قال بالرغيف و نحوه و في الفتاوى الصغرى العبد المأذون يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك التصدق بما دون الدرهم و لا يملك التصدق بالدرهم و يملك اتخاذ الضيافة و الاهداء و هذا ليس بمقدر بدرهم بل ما يعده التجار سرفاً و يملك الذى لا يعدونه سرفاً في المأكولات حتى لا يملك الاهداء في غير المأكولات (لأنه) أي لأن كلاً من الاهداء اليسير و الضيافة اليسيرة (من ضرورات التجارة) أي من ضرورات الاذن في التجارة لأن التاجر يحتاج إليه (إستجلاباً لقلوب المجاهزين) أي لأجل إستجلاب قلوب المجاهزين و هو جمع مجاهز بالجيم و الزاى المعجمة و المجاهز (٢) عند العامة الغني من التجار و كأنه أريد المهجز فحرف إلى المجاهز و هو الذى يبعث التجار بالجهاز و هو فاخر المتاع أو يسافر به (بخلاف المحجور عليه لأنه لا إذن له أصلاً فكيف يثبت ما هو من ضروراته) أي من ضرورات الاذن (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعى بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى) لأنه يحتاج إلى دفع قوت آخر فان لم يدفع يضيع العبد و كل ذلك ضرر له (قالوا) أي قال المتأخرون من المشايخ

---

(١) قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى الخ. كذا في الشامية معزوا إلى ابن الشحنة عن التتمة و في الشامية أيضا قال ابن الشحنةٌ: و أطلق في المنتقى عن أبي يوسفٌ أنه لا بأس للرجل أن يجيب دعوة العبد المحجور عليه اه قلت و المأذون بالأولى تأمل. (٢) المجاهز الخ. كذا في المغرب مادة جهز.

و لا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف و نحوه لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال و له أن يحطّ من الثمن بالعيب مثل ما يحطّ التجار لأنه من صنيعهم و ربما يكون الحطّ أنظر له من قبول المعيب إبتداء بخلاف ما إذا حطّ من غير عيب لأنه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار و لا كذلك المحاباة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها

رحمهم الله تعالى (و لا بأس (١) للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف و نحوه) أي و نحو الرغيف كالفلس و ما دون الدرهم كالخميرة و البصل و الملح و كذا الأمة في بيت مولاها تطعم و تتصدق على الرسم و العادة بدون الاذن صريحاً للعرف و العادة فان قلت روى عن (٢) أبي أمامة رضي الله تعالى عنه أنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع لا تنفق إمرأة شيئا من بيت زوجها إلا باذن زوجها قيل يا رسول الله و لا الطعام قال ذلك أفضل أموالنا قلت هذا محمول على الطعام المدخر كالحنطة و دقيقها فأما غير المدخر فإنها تتصدق به على الرسم و العادة و فيه الإذن دلالة (لأن ذلك) أي التصدق بالشيء اليسير (غير ممنوع عنه في العادة) لأن العادة جرت بذلك من غير إنكار من الزوج و المولى (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و له) أي وللمأذون (أن يحطّ من الثمن بالعيب) يعني إذا ظهر عيب في المتاع الذي باعه ثم وقع الاتفاق على أن يحط من الثمن شيئاً فانه يجوز له ذلك و لكن يحطّ (مثل ما يحطّ التجار لأنه) أي لأن الحط بسبب العيب (من صنيعهم) أي من صنيع التجار و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يجوز الحطّ أصلا (و ربما يكون الحط أنظر له) أي اكثر نظراً للمأذون (من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما إذا حطّ من غير عيب لأنه تبرع محض بعد تمام العقد (فليس) أي الحط من غير عيب (من صنيع التجار) فلا يجوز (و لا كذلك المحاباة في الابتداء) يمكن أن يكون جواباً عن سؤال مقدر تقريره أن يقال كيف جوّزتم محاباة المأذون مع أن فيها حطاً من الثمن فأجاب بقوله و لا كذلك المحاباة في ابتداء الأمر (لأنه) أي لأن المأذون (قد يحتاج إليها) أي إلى المحاباة

(١) و لا بأس للمرأة الخ. بقي لو كان في بيته من في مقام المرأة كحاجبه و غلامه نقل ابن الشحنةّ عن ابن وهبانّ أنه لم يره في كلامهم و أنه ينبغي أن يجوز قياسا عليها ثم نقل عنه أنه لو كانت الزوجة ممنوعة من التصرف في بيته تأكل معه بالفرض و لا يمكنها من طعامه و التصرف في شيء من ماله ينبغي أن لا يجوز لها الصدقة و اعترضه بأنه جرى العرف بالتصدق بذلك مطلقا كذا في الشامية. (٢) روى عن أبي أمامة رضي الله تعالى عنه الخ. قلت رواه الترمذيّ في الزكاة باب ما جآء في نفقة المرأة من بيت زوجها ص٨٥ ج١ و قال حديث حسن و ابن ماجةّ في التجارات باب ما للمرأة من مال زوجها ص١٦٧.

**على ما بيناه و له أن يؤجل فى دين قد وجب له لأنه من عادة التجار قال و ديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يباع و يباع كسبه في دينه بالاجماع**

---

(على ما بيناه) يعني عند قوله و لو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله إلى قوله و لا وارث للعبد (و له) أى و للمأذون (أن يؤجل فى دين قد وجب له لأنه) أى لأن التاجيل فى الدين (من عادة التجار) لأن التاجر قد يكون له على غير المليء دين و لو لم يمهله و طالبه لا يتمكن من الكسب و إن أمهله أياما يتمكن من الكسب فيكون ذلك طريقاً لخروج دينه عادة (قال) أى القدوريّ (و ديونه متعلقة برقبته يباع (١) للغرماء) أى يبيعه القاضى لدين الغرماء بغير رضى المولى بالاتفاق عند أصحابنا أما عندهما فظاهر لأن الحجر على المديون يجوز عندهما و أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز الحجر على المديون و جوز ههنا و العذر له أنه ليس في هذا حجر على المولى لأن المولى محجور عن بيعه قبل ذلك فانه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضاء الغرماء لا يقدر عليه فكان هذا بمنزلة التركة المستغرقة بالدين فانه يبيع القاضى التركة على الورثة بغير رضاهم لقضاء الدين فكذا هذا و لا يكون ذلك حجراً عليهم كذا فى الذخيرة قيل معنى قوله يباع للغرماء يجبر القاضى المولى على البيع حتى يستقيم على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و فيه نظر لأن رواية الذخيرة تدل على أن القاضى يبيعه بدون رضى المولى فلا حاجة إلى هذا المعنى فافهم (إلا (٢) أن يفديه المولى) فلا يباع حينئذ لحصول المقصود (و قال زفر و الشافعى رحمهما الله تعالى لا يباع) أى لا يباع العبد المأذون المديون فى الدين و يتعلق الدين الفاضل من كسبه بذمته يؤخذ بعد العتق كما لو استقرض بغير إذن سيده و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال أحمد رحمه الله تعالى يتعلق بذمة المولى لأنه لزمه بمفاوضة السيد فيجب عليه كالنفقة فى النكاح (و يباع كسبه فى دينه بالإجماع) كما

---

(١)يباع للغرماء. و فى الشامية: و لا يجوز بيعه إلا برضا الغرماء أو بأمر القاضى لأن للغرماء حق الاستسعاء ليصل إليهم كمال حقهم و يبطل ذلك ببيع المولى فاحتيج إلى رضاهم ولوالجية و فيها و لو باعه القاضى لمن حضروا يحبس حصة من غاب من ثمنه اه و فى التبيين: و لا يعجل القاضى ببيعه بل يتلوم لاحتمال أن يكون له مال يقدم عليه أو دين يقتضيه فاذا مضت مدة التلوم و لم يظهر له وجه باعه اه. (٢)إلا أن يفديه المولى. و فى التبيين: ثم المولى ببيع عبده المأذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفداء بالقيمة و ببيع العبد الجانى بعد العلم بالجناية جعل مختارا للفداء بالأرش لأن الدين هنا على العبد بحيث لا يبرأ بالعتق و لا يجب على المولى شيء و لو اختار المولى الفداء صريحا بأن قال أنا أقضى دينه كان عدة منه تبرعا فلا يلزمه بخلاف الجناية فان موجبها على المولى خاصة اه.

**لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له و ذلك فى تعليق الدين بكسبه حتى إذا فضل شىء منه على الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية و استهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن و لنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الإستهلاك و الجامع دفع الضرر عن الناس و هذا**

---

فى الحر المديون و قال فى الطريقة البرهانية و أجمعو على أن الرقبة تباع فى دين الإستهلاك و قال الإمام علاء الدين العالم فى طريقته قال علماؤنا رقبة العبد المأذون تباع بدين التجارة و قال الشافعى رحمه الله تعالى لا تباع ثم قال فيها و على هذا الخلاف أرش يد العبد و ما اكتسبه العبد من الصيد و الحطب و الحشيش عندنا يصرف إلى الدين و عنده لا يصرف و قال الكرخى فى مختصره قال أبو حنيفة و أبو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى ما يلحق المأذون من دين من شراء أو بيع أو استئجار استأجره أو غصب أو وديعة أو مضاربة أو بضاعة أو عارية مجحودة أو دابة عقرها أو ثوب أحرقه أو مهر جارية اشتراها فوطئها فاستحقت فذلك كله لازم له يباع فيه إلا أن يفديه مولاه فان بيع فى ذلك اقتسم غرماؤه ثمنه بالحصص على قدر ديونهم ثبتت باقرار من العبد أو بالبينة (لهما) أى لزفر و الشافعى رحمهما الله تعالى (أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال) أى ليس غرضه تفويت مال (قد كان له) لأنه إنما أذن له ليكتسب مالاً من الخارج و ليس غرضه أن يباع عليه لأجل الدين (و ذلك) أى غرض المولى حاصل (فى تعليق الدين بكسبه حتى إذا فضل شىء منه) أى من كسبه (على الدين يحصل له) أى للمولى (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه يعنى غرضه حاصل تعلق الدين بكسبه لا برقبته لما ذكرنا أن فيه تفويت مال قد كان له (بخلاف دين الاستهلاك) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إذا استهلك شيئاً تعلق دينه برقبته تباع فيه فهذا كذلك فأجاب بقوله بخلاف دين الإستهلاك (لأنه) أى الاستهلاك (نوع جناية و استهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن) إذ وجوبه بالجناية و لهذا لو كان محجوراً عليه بيع بذلك و ليس الكلام فى ذلك و إنما الكلام فيما يتعلق بالإذن (و لنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته إستيفاء) أى برقبة العبد لأجل الإستيفاء (كدين (١) الإستهلاك و الجامع) يعنى بين دين الإستهلاك و بين الدين الذى ركبه للناس فى تصرفاته (دفع الضرر عن الناس) فكما أنه يباع فى دين الإستهلاك دفعاً للضرر فكذا يباع فى الديون التى ركبته دفعاً للضرر (و هذا) أى

---

(١) كدين الاستهلاك أى كدين ترتب بذمته بسبب إستهلاكه لشىء آخر كذا فى الشامية.

لأن سببه التجارة و هي داخلة تحت الإذن و تعلق الدين برقبته إستيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى و ينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه و تعلّقه بالكسب لا ينافى تعلّقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء و إبقاء لمقصود المولى و عند انعدامه يستوفى من الرقبة و قوله فى الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة

---

دفع الضرر (لأن سببه التجارة) أى لأن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض (و هى) أى التجارة (داخلة تحت الاذن) بلا خلاف فسببها داخل تحته و إذا كان داخلاً تحته كان ملتزماً فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرارا لأن الكسب قد لا يوجد و العتق كذلك فتتوى حقوق الناس (و تعلق الدين برقبته) جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له إلى آخره و بيانه أن تعلق الدين برقبته (استيفاء حامل على المعاملة) يعني حامل للغير على أن يعامل معه لأن العاملين إذا علموا ذلك يعاملون معه فتكثر المعاملة و يكثر الربح بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك (فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى) أراد بهذا الوجه هو الذى ذكره من قوله و تعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فان قيل لا يصلح أن يكون غرضاً للمولى لأنه يتضرر به و الضرر لا يكون غرضاً أجاب بقوله (و ينعدم الضرر فى حقه) أى فى حق المولى (بدخول المبيع فى ملكه) أى فى ملك المولى و فيه إشكال و هو أن المبيع إن كان باقياً و فيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد و إن لم يكن باقياً أو كان و ليس فيه وفاء بالديون لم يكن دخوله فى ملكه دافعاً للضرر و أجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده إن كان باقياً و لا ضمانه إن لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى و يكون البيع جابرا لما فات من العبد و ذكر فى المغني و لو أخذ المولى شيئاً من كسبه و لا دين عليه ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما أخذ إن كان قائماً و ضمانه إن كان مستهلكاً (و تعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة و تقرير الجواب أن تعلق الدين بالكسب (لا ينافى تعلّقه بالرقبة) لأنه لا منافاة بينهما (فيتعلق بهما) أى بالكسب و الدين (غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء و إبقاء لمقصود المولى) نظراً للجانبين (و عند إنعدامه) أى و عند انعدام الكسب (يستوفى من الرقبة) دفعاً للضرر عن الناس (و قوله فى الكتاب) أى قول القدورىّ فى مختصره (ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة) إحترز به عن دين وجب بالنكاح بأن تزوج إمرأة ثم وطيها ثم استحقت حيث وجب المهر عليه و لا يظهر ذلك فى حق المولى لأن وجوبه بالنكاح و هو ليس من التجارة

**أو بما هو فى معناها كالبيع و الشراء و الإجارة و الإستئجار و ضمان المغصوب و الودائع و الأمانات إذا جحدها و ما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء فيلحق به قال و يقسم ثمنه بينهم**

أما التزوج بإذن المولى يظهر فى حقه يباع فيه كذا فى المبسوط (أو بما هو فى معناها) أى أو دين وجب بسبب ما هو فى معنى التجارة (كالبيع و الشراء) نظير دين التجارة (و الاجارة و الاستئجار و ضمان المغصوب و الودائع و الأمانات إذا جحدها) نظير ما هو فى معنى التجارة و صورة الدين بالاجارة أن يؤاجر شيئاً و يقبض الأجرة و لم يسلم المستأجر حتى انقضت المدة و وجب عليه رد الأجرة فان قلت ما معنى ذكر الأمانات بعد الودائع قلت لأن الأمانة أعم من الوديعة و من أنواع الأمانات مال المضاربة و العارية و الشركة و البضاعة و هذه الأشياء عند الجحود بها تنقلب غصبا فكان الضمان بهذه الأشياء ضمان غصب لأن الأمين يصير غاصباً للأمانة بالجحود (و ما يجب من العقر (١)) عطف على قوله كالبيع و الشراء و الإجارة إلى آخره أى و كالدين يجب على المأذون المديون من العقر و يجوز أن يكون قوله و ما يجب مبتدأ و يكون قوله فيلحق به خبره و دخلت الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط أى فيلحق بالمذكور فى كونه ديناً وجب بما هو فى معنى التجارة فعلى الوجه الأول يكون محل و ما يجب جراً لأنه عطف على المجرور و تكون الفاء فى قوله فيلحق به جواب شرط محذوف أى إذا كان كذلك فيلحق به فافهم قال المصنفؒ و ما يجب من العقر (بوطء المشتراة بعد (٢) الاستحقاق لاستناده) أى لإستناد وجوب العقر (إلى الشراء فيلحق به) أى بالشراء إذ لو لا الشراء لوجب عليه الحد فيضاف وجوب العقر إلى الشراء فيكون حكمه كحكمه بخلاف ما إذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحقت لأن وجوب المهر بالنكاح و هو ليس بتجارة و كذا يؤاخذ بضمان عقر الدابة و إحراق الثوب فى الحال و تباع رقبته فيه و قيل هذا محمول على ما إذا أخذ الدابة أو الثوب أولاً حتى يصير غاصباً بالأخذ ثم عقر الدابة و أحرق الثوب و أما إذا عقرها أو أحرقه قبل القبض فينبغى على قول أبى يوسف أن لا يؤاخذ به فى الحال و لا تباع رقبته فيه كذا فى الذخيرة (قال) أى القدوريؒ (و يقسم (٣) ثمنه بينهم) يعنى إذا باع

(١)العقر. و فى الولوالجية: و تفسير العقر مهر مثلها عند بعضهم و قال بعضهم عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصف عشر قيمتها إن كانت ثيبا كذا فى البحر (٢)بعد الاستحقاق. أقول قوله "بعد الاستحقاق" متعلق بقوله "يجب" لا بقوله "بوطء" كما فى الشامية. (٣)و يقسم ثمنه بينهم بالحصص سواء ثبت الدين باقرار العبد أو بالبينة جوهرة قال الرحمتيؒ و هذا كله إذا كان الدين حالا و لو بعضه مؤجلا يعطى أرباب الحال حصتهم و يمسك حصة صاحب الأجل إلى حلوله قال فى الرمز قلت مر فى المفلس عن الينابيع أنه يعطى الكل لصاحب =>

بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته و عدم وفاء الرقبة به و لا يباع ثانياً كيلا يمتنع البيع أو دفعاً للضرر عن المشترى و يتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده و يتعلق بما يقبل من الهبة

---

القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء (بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة) أى لتعلق حق الغرماء برقبة العبد (فصار كتعلقها) الضمير يرجع إلى الحق و إنما أنثه باعتبار الحقوق لأن لكل غريم حقاً فصار تقديره كتعلق حقوق الغرماء (بالتركة) أى بتركة الميت فإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء (فان فضل شيء من ديونه) يعني إن بقي شيء من ديون العبد (طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته و عدم وفاء الرقبة به) أى بالفاضل من الدين و لا سبيل لهم عليه قبلها لأنه صار ملكاً للمشترى و الدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (و لا يباع ثانياً) أى لا يباع العبد ثانى مرة إذا لم يف ثمن المأذون بالديون (كيلا يمتنع البيع) أى البيع الأول إذ لو علم المشترى أنه يباع عليه لا يشتريه فيمتنع البيع الأول فيتضرر الغرماء (أو دفعاً للضرر عن المشترى) لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به و لا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فإنه لا يباع عليه ثانياً و إن كان راضياً بالبيع لأن الملك قد تبدل و تبدل الملك كتبدل الذات بخلاف دين نفقة المرأة فانه يباع فيها مرة بعد أخرى لأنها تجب شيئاً فشيئاً بخلاف المهر فانه إذا بيع في مهر و لم يف الثمن لا يباع ثانياً فانه بيع في جميع المهر و يطالب بالباقي بعد العتق كذا ذكره الإمام التمرتاشي (و يتعلق دينه) أى دين المأذون بسبب التجارة (بكسبه سواء حصل) أى الكسب (قبل لحوق الدين أو بعده) و هذا إشارة إلى بيان الكسب الذى يبدأ به و الذى لا يبدأ به فالكسب الذى لم ينزعه المولى عن يده يتعلق به الدين سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده (و يتعلق) أى دين المأذون (بما يقبل من الهبة) أو الصدقة و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح و قال زفر رحمه الله تعالى لا يتعلق به و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و الهبة للمولى لا حق للغرماء فيها لأنها ليست من التجارة و وجوب الدين عليه بسبب التجارة فكانت كسائر أملاك المولى ألا ترى أنها لو

---

=> الحال فاذا حل المؤجل قيل له شاركه و هذا إذا كان كل الدين ظاهرا و لو بعضه لم يظهر بعد و لكن ظهر سببه كما لو حفر بئرا في طريق و عليه دين يباع و يدفع للغريم قدر دينه من الثمن و إن كان الدين مثل الثمن دفعه كله فاذا وقع في البئر دابة رجع صاحبها على الغريم بحصته يضرب كل بما له اه حموى على الكنز كذا في الشامية.

لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد و لم يفرغ و لا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له و له أن يأخذ غلة مثله بعد الدين لأنه

---

ولدت ثم لحقها دين لا يتعلق بالولد (لأن المولى إنما يخلفه) أى إنما يخلف عبده المأذون (فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد و لم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع و كالوارث فانه لا يملك شيئاً من التركة إلا بشرط الفراغ من دينه بخلاف الولد لأنه ليس من كسبها كما أن نفسها ليست من كسبها فكذا الولد لأنه حر متولد من عينها و الحق يتعلق بكسبها حتى لو لحقها الدين ثم ولدت يتعلق لأن نفسها تباع فى الدين فكذا ولدها (و لا يتعلق) أى الدين (بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له) أى للمولى و هو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك فانه إذا لم يكن على العبد دين فما أخذه المولى منه يكون خالص ملكه و يلحق بسائر أموال المولى لا حق لغيره فيه فان قلت يشكل بما إذا كان على العبد دين خمسمائة و له ألف و أخذه المولى ثم لحقه دين خمسمائة أخرى فإنه يسترد الألف من المولى و إن كان أخذ الخمسمائة قبل لحوق الدين قلت كل واحدة من الخمسمأتين صالح لأداء الدين فيكون أخذ المولى الألف بغير حق فيؤخذ منه و عند الأخذ هنا لا دين عليه (و له) أى و للمولى (١) (أن يأخذ غلّة مثله) أى غلّة مثل العبد يعنى يأخذ منه ما يأخذ من مثله من الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر و الغلة كل (٢) ما يحصل من ريع الأرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك يقال أغلّت الضيعة فهى مغلّة (بعد الدين) أى بعد لزوم الدين عليه كما كان يأخذها قبل ذلك استحساناً و فى القياس لا يجوز لأن الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الإستحسان أن فى ذلك نفع الغرماء لأن حقهم يتعلق بمكاسبه و لا تحصل المكاسب إلا ببقاء الإذن فى التجارة (لأنه) أى لأن المولى

---

(١)و للمولى أن يأخذ غلّة مثله الخ. و فى البحر عن الفتح قبيل كتاب العتق يجوز وضع الضريبة على العبد و لا يجبر عليها بل إن اتفقا على ذلك اه و فى القهستانى للسيد أن يأخذ منه غلّة قبل وضع الضريبة و قبل لحوق الدين و أن يأخذ أكثر من غلّة مثله قبل الدين و لا يأخذ الاكثر بعده و أن يضع الضريبة بعد الدين كما فى الكرمانى اه كذا فى الشامية. (٢)و الغلّة الخ. و فى لسان العرب مادة غلل: الغلّة (بفتح الغين المعجمة مع تشديد اللام): الدخل من كراء دار و أجر غلام و فائدة أرض. و الغلّة واحدة الغلّات. و استغلّ عبده أى كلّفه أن يغلّ عليه. و استغلال المستغلّات: أخذ غلّتها. و أغلّت الضيعة: أعطت الغلّة فهى مغلّة إذا أتت بشىء و أصلها باق و أغلّت الضياع أيضا: من الغلّة و أغلّ القوم إذا بلغت غلّتهم. و فى الحديث: الغلّة بالضمان قال ابن الأثير هو كحديثه الآخر: الخراج بالضمان. و الغلّة: الدخل الذى يحصل من الزرع و الثمر و اللبن و الاجارة و النتاج و نحو ذلك. و فلان يغلّ (من باب إفعال) على عياله أى يأتيهم بالغلّة اه ملخصا.

لو لم يمكّن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب و الزيادة على غلّة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها و تقدم حقهم قال فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته و كسبه و قد بايعوه على رجاء ذلك و يشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق و ليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر و لو بايعوه جاز و إن بايعه الذى علم بحجره

(لو لم يمكّن منه) أى من أخذ الغلة (يحجر عليه) أى على العبد (فلا يحصل الكسب) فيتضرر الغرماء (و الزيادة على غلّة المثل) أى مثل العبد (يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها) أى فى الزيادة لأنه لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة (و تقدم حقهم) أى و لتقدم حق الغرماء فى تلك الزيادة (قال) أى القدورىّ (فان حجر عليه) أى فان حجر المولى على عبده المأذون (لم ينحجر) أى لا يصير العبد المأذون محجوراً (حتى يظهر حجره بين أهل سوقه لأنه لو انحجر) يعنى بمجرد الحجر (لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته و كسبه) لأن العبد إن اكتسب شيئاً أخذه المولى و إن لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق و هو موهوم (و قد بايعوه على رجاء ذلك) أى على رجاء تعلق حقهم برقبته و كسبه فيكون على الاذن إلى أن يعلم حجره (و يشترط (١) علم أكثر أهل سوقه) لأن فى تبليغ العزل الجميع حرجاً عظيماً ليس فى وسع المولى و التكليف بحسب الوسع و قال الشافعى رحمه الله تعالى يصح الحجر بغير علم العبد و أهل السوق كما فى عزل الوكيل لأن الإذن عنه نيابة كالوكالة و به قال مالك و أحمد رحمه الله تعالى و فى الذخيرة اشترط علم أكثر أهل السوق بحجره فى الحجر القصدى أما لو ثبت الحجر ضمناً لا يشترط علمهم و لا علم واحد منهم حتى (٢) لو باع المولى العبد المأذون ينحجر ضمناً لصحة البيع لزوال ملكه كالعزل الحكمى فى الوكيل (حتى لو حجر عليه فى السوق و ليس فيه) أى و الحال أنه ليس فى السوق (إلا رجل أو رجلان لم ينحجر و لو بايعوه جاز) لأنه غير محجور عليه (و إن بايعه الذى علم بحجره) كلمة إن واصلة لما قبلها لأن صحة الحجر بالتشهير و لم يوجد إذ المشروط لا يثبت بدون شرطه لأن الحجر ضد الإذن فكما أن الاذن لا يقبل

(١)و يشترط علم اكثر أهل سوقه و هذا إستحسان لأن إعلام الكل متعذر أو متعسر كذا فى الشامية. (٢)حتى لو باع المولى الخ. و فى البزازية: باع عبده المأذون إن لم يكن عليه دين صار محجورا عليه علم أهل سوقه ببيعه أم لا لصحة البيع و إن عليه دين لا ما لم يقبضه المشترى لفساد البيع و هل للغرماء فسخه إن ديونهم حالة نعم إلا إذا كان بالثمن وفاء أو أبرؤا العبد أو أدى المولى و تمامه فى السراجية كذا فى الدر المختار.

**و لو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر و المعتبر شيوع الحجر و اشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل صلوات الله تعالى و سلامه عليهم و يبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل و هذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق و ما رضي به و إنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الاذن شائعاً أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه قال و لو مات المولى أو جنّ**

---

التخصيص فكذا الحجر بخلاف خطاب الشرع إذا علم بخبر واحد حيث لا يقدر في تركه لأن حكمه يثبت في حق من علم به و يقبل التخصيص (و لو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر و المعتبر شيوع الحجر و اشتهاره فيقام ذلك) أي الشيوع و الاشتهار (مقام الظهور) أي ظهور الحجر (عند الكل) دفعاً للحرج (كما في (١) تبليغ الرسالة من الرسل صلوات الله تعالى و سلامه عليهم) فان الشيوع و الاستشهار فيها قام مقام الظهور عند جميع الناس فلذلك لزم الكل الايمان بهم و الامتثال بأوامرهم (و يبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل) إذا عزل يبقى على وكالته (إذا لم يعلم بالعزل) لأن في انعزاله قبل العلم ضرراً فاحشاً (و هذا) أي بقاؤه على الاذن إلى العلم بالعزل (لأنه يتضرر به) أي لأن العبد يتضرر بالانحجار بدون العلم (حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق و ما رضي به) أي العبد ما رضي بلزوم الدين عليه (و إنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً) لأنه إذا شاع كونه مأذونا فكذلك يشترط في الحجر كونه شايعا لئلا يتضرر لما قلنا (أما إذا لم يعلم به) أي بالإذن (إلا العبد ثم حجر عليه يعلم منه) أي ثم حجر المولى عليه حجراً متلبساً بعلم من العبد (ينحجر لأنه لا ضرر فيه) لأحد (قال) أي القدوري (و لو مات المولى أو جنّ) المراد الجنون المطبق حتى إذا لم يكن مطبقا بأن يجنّ و يفيق لا ينحجر و اختلفوا (١) في حد المطبق فقال محمد ما دون الشهر غير مطبق و شهراً فصاعداً مطبق ثم رجع و قال مأدون السنة غير مطبق و سنة فصاعدا مطبق و عن أبي يوسف أكثر السنة فصاعداً مطبق و ما

---

(١) كما في تبليغ الرسالة الخ. فان الذمي إذا أسلم و لم يعلم بوجوب الصلاة حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار الاسلام و الحربي إذا أسلم في دارالحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لأن حكم الخطاب غير منتشر في دارالحرب كذا في الكفاية. (١) واختلفوا في حد المطبق الخ. و في الشامية: و جنونه مطبقا سنة فصاعدا أو يفوض للقاضي و به يفتى فان مست الحاجة إلى التوقيت يفتى بسنة كما في تتمة الواقعات در منتقى.

أو لحق بدار الحرب مرتداً صار المأذون محجوراً عليه لأن الاذن غير لازم و ما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الاذن فى حالة البقاء و هى تنعدم بالموت و الجنون و كذا باللحوق لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته قال و إذا أبق العبد صار محجوراً عليه و قال الشافعى رحمه الله تعالى يبقى مأذوناً لأن الاباق لا ينافى إبتداء الاذن فكذا لا ينافى البقاء و صار كالغاصب و لنا أن الاباق حجر دلالة لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه

---

دونه لا (أو لحق بدارالحرب مرتداً صار (١) المأذون محجوراً عليه لأن الإذن غير لازم) و لهذا يملك المولى إبطاله (و ما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء) و فى الابتداء يشترط أهلية المولى للإذن فكذا فى البقاء ثم بهذه الأشياء تنعدم الأهلية فكان محجوراً (هذا هو الأصل) أى الأمر الكلى و أشار به إلى قوله و ما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء (فلا بد من قيام أهلية الإذن فى حالة البقاء و هى) أى أهلية الإذن (تنعدم بالموت و الجنون و كذا باللحوق) بدارالحرب (لأنه) أى لأن (٢) اللحوق بدارالحرب (موت حكماً حتى (٣) يقسم ماله بين ورثته) و لا يقسم المال بين الورثة إلا بموت المورث إما حقيقة أو حكماً (قال) أى القدورى (و إذا أبق العبد صار محجوراً عليه و قال الشافعى رحمه الله تعالى يبقى مأذوناً) فلا ينحجر و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و هو قول زفر رحمه الله تعالى أيضاً ذكره فى المبسوط (لأن الإباق لا ينافى ابتداء الإذن) حتى لو أذن الآبق يجوز لأن الإذن باعتبار ملكه و لا يختل ذلك بالإباق (فكذا لا ينافى البقاء) أى لا ينافى الاباق بقاء الاذن يعنى يبقى إذنه بعد إباقه (و صار كالغاصب) يعنى إن المولى لو أذن لعبده المغصوب يصح فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن فههنا كذلك (و لنا أن الإباق حجر دلالة) لأن الإذن مقيد دلالة بشرط قدرة المولى على قضاء ديونه من كسبه و هو معنى قوله (لأنه) أى لأن المولى (إنما يرضى بكونه) أى بكون العبد (مأذوناً على وجه يتمكّن) أى المولى (من تقضية دينه) أى دين العبد لو لحقه الدين (بكسبه) أى بكسب العبد و لما أبق لا يتمكن من

---

(١)صار المأذون محجورا عليه و كذا الصبى يحجر بموت الأب و الوصى و أما المأذون من قبل القاضى فلا ينعزل بموته لأنه حكم كما فى شرح المجمع در منتقى. (٢)لأن اللحوق الخ. أقول قد تسامح فيه لأن اللحاق بدون القضاء لا يكون كالموت عندنا كذا فى الشامية معزوا إلى شرح المجمع. (٣)حتى يقسم ماله بين ورثته و يعتق مدبروه و أمهات أولاده كذا فى الشامية.

بخلاف ابتداء الاذن لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها و بخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال و إذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافاً لزفر رحمه الله تعالى و هو يعتبر البقاء بالابتداء و لنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة و يضمن المولى

ذلك لجواز إتلاف العبد الأكساب (بخلاف ابتداء الإذن) فانه يجوز (لأن (١) الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أى بخلاف الدلالة (و بخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر) باستمداد القاضى أو السلطان عليه حتى لو لم يمكن الانتزاع من يده بأن جحد الغاصب و لا بينة للمالك لا يصح ابتداء الإذن و لا بقاؤه ذكره فى الذخيرة و إن عاد العبد من الإباق هل يعود الإذن لم يذكره محمد رحمه الله تعالى و الصحيح أنه لا يعود (قال) أى القدورىّ (و إذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها) أى الاستيلاد حجر على الأمة قال المحبوبىّ تأويل المسألة إذا استولدها من غير تصريح الإذن حتى لو قال بعد الاستيلاد لا أريد الحجر عليها لا تنحجر (خلافاً لزفر رحمه الله تعالى هو يعتبر البقاء بالابتداء) أى زفر رحمه الله تعالى يعتبر البقاء بالابتداء يعنى أن المولى لو أذن لأم ولده ابتداء يجوز فكذا إذا صارت الأمة أم ولد و هو القياس و هو قول الثلاثة رحمهم الله تعالى أيضاً (و لنا أن الظاهر أنه يحصنها) أى أن المولى يحصن الأمة (بعد الولادة) فلا يريد خروجها و اختلاطها بالناس (فيكون دلالة الحجر عادة) أى فيكون تحصينه إياها دلالة الحجر عليها من حيث العادة و دلالة الغادة معتبرة عند عدم التصريح بخلافها ألا ترى أن تقديم المائدة بين يدى إنسان يجعل إذناً فى التناول عرفاً و عادة فأما إذا قال بعد التقديم لا تأكل لم يكن ذلك إذناً كذا فى المبسوط (بخلاف الابتداء) يعنى بخلاف ما إذا أذن لأم ولده ابتداء حيث يجوز (لأن الصريح قاض على الدلالة) فلا اعتبار للدلالة عند وجود التصريح (و يضمن (٢) المولى

(١) لأن الدلالة الخ. و لقائل أن يقول إذا لم يكن للدلالة إعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغى أن لا يصير الآبق محجورا عليه فى البقاء أيضا لوجود التصريح من المولى بالاذن فى الابتداء فكان دلالة الاباق على الحجر فى البقاء مخالفة لدلالة التصريح فينبغى أن لا تعتبر و الجواب بأن وجود التصريح بالاذن فى الابتداء لا يقتضى وجوده إلى حال الاباق و إنما يعرف فى البقاء باعتبار إستصحاب الحال و هى حجة ضعيفة و لهذا تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن ترتجح الدلالة عليها و عن هذا اعتبرت فى البقاء دون الابتداء كذا فى تكملة الطورى و نتائج الأفكار.

(٢) يضمن المولى قيمتها الخ. أقول ظاهر كلام المصنفّ أن المولى يضمن القيمة مطلقا مع أنه يتوقف على إختيار الغرماء فلو زاد "أن شاء الغرماء" لكان أولى لما فى المحيط و إن شاؤا استسعوا العبد فى دينهم و إن ضمنوا المولى لا سبيل لهم على العبد حتى يعتق و فيه عليه دين لثلاثة لكل ألف اختار اثنان ضمان المولى فضمناه ثلثى قيمته و اختار الثالث استسعاء العبد فى جميع دينه جاز و لا يشارك أحدهما الآخر فيما قبض بخلاف ما إذا كان الغريم واحدا فاذا اختار أحدهما بطل حقه فى الآخر كذا فى تكملة الطورى.

قيمتها إن ركبتها ديون لاتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء إذ به يمتنع البيع و به يقضى حقهم قال و إذا استدانت المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهى مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة و لا منافاة بين حكميهما أيضاً و المولى ضامن لقيمتها لما قررناه فى أم الولد قال فإذا حجر على المأذون فإقراره جائز فيما فى يده من المال عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و معناه أن يقرّ بما فى يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقرّ بدين عليه فيقضى مما فى يده و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يجوز إقراره لهما

---

قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء إذ به) أى بالاستيلاد (يمتنع البيع و به) أى و بالبيع (يقضى حقهم) أى حق الغرماء (قال) أى محمدٌ فى الجامع الصغير (و إذا استدانت المأذون لها أكثر من قيمتها) قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة فى أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها (فدبرها المولى فهو مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة و لا منافاة بين حكميهما أيضاً) أى بين حكم الاذن و التدبير لأنه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق و حق العتق إن كان لا يؤثر فى فك الحجر لا يؤثر فى الحجر عليه (و المولى ضامن لقيمتها) أى لقيمة المدبرة (لما قررناه فى أم الولد) أشار به إلى قوله لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء (قال) أى القدورىّ (فإذا حجر على المأذون فإقراره) لغير مولاه (جائز فيما فى يده من المال عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) قيد بقوله فيما فى يده من المال لأنه لا يصح إقراره فى حق الرقبة بعد الحجر بالاجماع حتى إذا لم يف ما فى يده لاتباع رقبته بالاجماع و لا فيما انتزعه المولى من يده قبل الحجر و كذا لو كان دينه وقت الاذن مستغرقاً لما فى يده فأقر بعد حجره بدين آخر لا يصدق بالاجماع و كذا لو كان الحجر عليه بسبب بيع المولى ثم أقر فى يد المشترى بدين عليه لا يصدق بالاجماع و كذا لو كان فى يده كسب حصل بالاحتطاب و الاصطياد و نحوهما مما هو ليس بتجارة لا يصدق بالاجماع (و معناه) أى معنى قول القدورىّ فإقراره جائز (أن يقرّ بما فى يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقرّ بدين عليه فيقضى مما فى يده) أى يقضى الدين للمقر له من الذى فى يده و إنما فسره بهذا التفسير لأن مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون و الغصوب فبين أن المراد به التعميم فلهذا قدم ذكر الامانة (و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يجوز إقراره) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و يؤخذ به بعد العتق و ما فى يده لمولاه (لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى

و إن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة و صار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره و لهذا لا يصح إقراره فى حق الرقبة بعد الحجر و له أن المصحح هو اليد و لهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده و اليد باقية حقيقة و شرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته و إقراره دليل تحققها بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة و حكماً

---

(أن المصحح لاقراره إن كان الاذن فقد زال بالحجر و إن كان اليد فالحجر أبطلها) أى اليد (لأن يد المحجور غير معتبرة)شرعا فإن قيل لا نسلم أن يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها و المسألة فى المبسوط و لو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح فى حجر رجل و كان حضور العبد و غيبته سواء أجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه و كذا إذا علم أنه مال المولى و لم يعلم بأنه كسب العبد (و صار) أى حكم إقراره بما فى يده لغير المولى (كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره) حيث لا يسمع إقراره فيه بالاتفاق (أو ثبت حجره بالبيع من غيره) أى أو صار كما إذا ثبت حجر العبد ببيعه مولاه إياه من غيره فإنه لا يصح إقراره أيضاً (و لهذا) توضيح لما قبله (لا يصح إقراره فى حق الرقبة بعد الحجر) يعنى إذا أقر بعد الحجر بمال لا يصح هذا الاقرار فى حق الرقبة حتى لا تباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن المصحح) لاقراره (هو اليد و لهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده) لزوال المصحح (و اليد باقية حقيقة) أى يد العبد باقية من حيث الحقيقة و هو ظاهر لأن الكلام فى الاقرار بما فى يده (و شرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته) أى شرط بطلان اليد بالحجر من حيث الحكم فراغ اليد عن حاجته (و إقراره دليل تحققها) أى تحقق الحاجة و لقائل أن يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقاً أو عند صحته و الأول ممنوع و الثانى مسلم و لكن صحة هذا الإقرار فى حيز النزاع فلا يصلح أخذه فى الدليل و الجواب أن مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح فإن قيل لو كان إقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة و حكما أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار و أما حكماً فلأن النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لأنه إقرار بما ليس فى يده أصلا و هو باطل (بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار) هذا و ما بعده اشارة إلى جواب عما استشهد أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى به من المسائل الاتفاقية (لأن يد المولى ثابتة حقيقة) أى من حيث الحقيقة و هو ظاهر لأنه فى يده و هو ملكه (و حكما) أى من حيث الحكم

فلا تبطل بإقراره و كذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه و هذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك و لهذا لم يكن خصماً فيما باشره قبل البيع قال و إذا لزمته ديون تحيط بماله و رقبته لم يملك المولى ما في يده

و هو أنه قبضه قبل ظهور الدين (فلا تبطل) أي يد المولى (باقراره) أي بإقرار العبد (و كذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه) أي من غير رضى المولى إذ لا يد للعبد في رقبته بعد الحجر (و هذا) أي ما ذكرنا من الحكم (بخلاف ما إذا باعه) أي با ع المأذون و في يده كسب فأقر فانه لا يصح (لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك) أي لأنه صار كعبد آخر لتجدد الملك فصار بمنزلة شخص آخر بحكم تبدل الملك (على ما عرف) إشارة إلى حديث بريرة رضى الله تعالى عنها فهو لها صدقة و لنا هدية فان الحكم فيه تبدل بتبدل الملك على ما عرف في موضعه (فلا يبقى) أي إذا كان الأمر كذلك فلا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه (ما ثبت بحكم الملك) أي ما ثبت له من حكم الاذن الذى كان ثابتاً عليه للمولى بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن (و لهذا) توضيح لتبدل العبد بتبدل الملك (لم يكن) للعبد (خصماً فيما باشره قبل البيع) أي لم يكن خصماً في حقوق عقد باشره عند الأول قبل بيعه من التسليم و التسلم و الرد بالعيب و إن كان خصماً فيها بعد الحجر و قبل البيع و على هذا إذا حجر المأذون و في يده ألف فأقر بعد ما أذن له ثانيا بألف كان لزمه في الاذن الأول قضى من ذلك الألف عنده و عندهما هذا الألف للمولى و يصح هذا الاقرار فيؤمر المولى بقضاء الدين أو يبا ع و في الاسرار و على هذا الخلاف إذا حجر الصبي المأذون و في يده كسب فيقر به يصح عنده خلافاً لهما (قال) أي القدوري (و إذا (١) لزمته ديون تحيط بماله و رقبته لم يملك المولى ما في يده) بأن كان قيمته ألفاً فاشترى عبداً يساوى ألفاً و عليه ألفا درهم قيد بقوله تحيط بماله و رقبته لأنه إذا لم تحط بشيء من ذلك يملك المولى ما في يده و ينفذ عتقه بالاجما ع على ما يجيء في الكتاب و إذا أحاطت بماله دون

(١) و إذا لزمته ديون الخ. قال في العناية: إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله و رقبته أو لا تحيط بشيء من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالأول كما إذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا و المأذون أيضا يساوى ألفا و عليه ألفا درهم و الثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم و الثالث أن يكون عليه ألف درهم اه أقول لقائل أن يقول هذه القسمة ليست بحاصرة إذ هنا احتمال قسم رابع و هو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث و الجواب أنه قدر تقرر فيما مر أنه يبدأ بكسب المأذون المديون في الاستيفاء و عند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذى هو كسبه فكانت الأقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما إذا لزمته ديون و لهذا لم يلتفت إلى قسم آخر هو احتمال عقلي محض لا تحقق له في الشرع كذا في الأفكار.

**و لو أعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يملك ما في يده و يعتق و عليه قيمته لأنه وجد سبب الملك في كسبه و هو ملك الرقبة و لهذا يملك اعتاقه و وطء الجارية المأذون لها و هذا آية كماله بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظراً للمورث و النظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته**

---

رقبته لم يذكره في الكتاب و نقل (١) بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز (و لو أعتق من كسبه عبداً لم يعتق (٢) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يملك ما في يده و يعتق) أي يملك المولى ما في يده و ينفذ عتقه و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و عليه (٣) قيمته) أي على المولى قيمة المعتق للغرماء لتعلق حقهم به (لأنه وجد سبب الملك في كسبه) أي كسب المأذون (و هو) أي سبب الملك في الكسب (ملك رقبته) أي رقبة المأذون لأن ملك الأصل علة ملك الفرع (و لهذا) أي و لأجل وجود سبب الملك (يملك اعتاقها) أي يملك المولى إعتاق الرقبة و في بعض النسخ اعتاقه أي إعتاق العبد المأذون (و وطء الجارية المأذون لها) بالنصب أي و يملك وطء الجارية التي أذن لها ألا ترى أن المولى إذا وطىء جارية عبده المأذون فجاءت بولد فادعاه يثبت نسبه و إن كان عليه دين يحيط بالمال و لا يغرم عقرها و لو لم يملك ينبغي أن يغرم عقرها (و هذا) أي نفوذ اعتاقه و حل وطئه (آية كماله) أي علامة كمال الملك لأن الوطء لا يكون إلا في الملك الكامل و كذلك العتق (بخلاف الوارث) جواب عما يقال سلمنا ذلك لكن المانع متحقق و هو إحاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما في التركة إذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث فأجاب بقوله بخلاف الوارث إذا أعتق عبداً من التركة و هي مشغولة كلها بالدين حيث لا ينفذ (لأنه يثبت الملك له) أي للوارث (نظراً للمورث) بايصال ماله إلى أقرب الناس إليه و لهذا يقدم الأقرب فالأقرب و لا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته بل الرعاية (و النظر في ضده) أي في ضد ثبوت الملك للوارث و هو عدم ثبوت الملك له (عند إحاطة الدين بتركته) و ذلك لأن قضاء الدين فرض عليه و هو

---

(١) نقل بعض الشارحين الخ. أراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال في بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل أذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي ألفا و هو يساوي ألفا و على الأول ألف درهم دينا فاعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز و إن كان الدين ألفي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه و قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى عتقه جائز في الوجهين جميعا اهـ كذا في الأفكار. (٢) لم يعتق أي في حق الغرماء فلهم أن يبيعوه و يستوفوا ديونهم و أما في حق المولى فهو حر بالاجماع حتى أن الغرماء لو أبرؤا العبد من الدين أو باعوه من المولى أو قضى المولى دينه فانه حر تاترخانية عن الينابيع كذا في الشامية. (٣) و عليه قيمته موسرا و لو معسرا فللغرماء أن يضمنوا العبد المعتق ثم يرجع على المولى ابن كمال كذا في الدر المختار.

**أما ملك المولى ما ثبت نظراً للعبد و له أن الملك للمولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه و المحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه و إذا عرف ثبوت الملك و عدمه فالعتق فريعته و إذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال و إن لم يكن الدين محيطاً بماله جاز عتقه**

حائل بينه و بين ربه و الميراث صلة و إذا كان سبب الملك النظر و قد فات فات الملك و لا عتق في غير الملك (أما ملك المولى ما ثبت نظراً للعبد) ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضى ديونه (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أن الملك للمولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته) أى حاجة العبد لأنه متصرف لنفسه و قضيته أن يقع الكسب له و وقوعه للمولى على سبيل الخلافة عنه فكان من شرطه فراغه عن حاجته و لهذا لو امتنع عن الإنفاق على نفسه أمر بالاكتساب و الإنفاق على نفسه و رد ما فضل من حاجته إلى سيده (كملك الوارث على ما قررناه) يعنى في مسألة تعلق الدين بكسبه في قوله و يتعلق الدين بكسبه (و المحيط به الدين مشغول بها) يعنى المال الذى أحاط به الدين مشغول بالحاجة (فلا يخلفه فيه) أى فلا يخلف المولى العبد في المحيط به الدين يعنى كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب و الرقبة يمنع ملك المولى لأن الخلافة في الموضعين لانعدام أهلية الملك في المال فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق لأن المالكية عبارة عن القدرة و الموت و الرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت أظهر و الميت جعل كالمالك حكماً لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (و إذا عرف ثبوت الملك) عندهما (و عدمه) أى عدم ثبوت الملك عنده عرف العتق و عدمه لكونه من فرعه أشار إليه بقوله (فالعتق فريعته) أى فريعة الملك فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق و من لم يقل به أبطله و كذا لو قال له هذا ابنى يثبت نسبه إن كان مجهول النسب عندهما ويعتق و عنده لا يثبت و لا يعتق و كذا لو قتل عبده المأذون يغرم قيمته في ثلاث سنين عنده لأنه لم يملكه فصار كقتل عبد الأجنبى فكان ضمان جنايته و عندهما يغرم قيمته للحال لأنه قتل عبده و تعلق به حق الغرماء فيضمن حقهم للحال و الفريعة بضم الفاء تصغير فرعة أشار بهذه البينة إلى القلة تنبيها على أن ثبوت الملك له فروع كثيرة و أن العتق فرع يسير منه فافهم (و إذا انفذ) أى العتق (عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يضمن قيمته للغرماء) أى يضمن المولى قيمة العبد للغرماء (لتعلق حقهم به) أى بالعبد (قال و إن لم يكن الدين محيطاً بماله (١) جاز عتقه) أى عتق المولى عبده

(١) بماله. أقول اكتفى بذكر قوله "بماله" و لم يذكر "و رقبته" بناء على ما ذكرناه آنفا من أن تعلق الديون =>

في قولهم جميعاً أما عندهما فظاهر و كذا عنده لأنه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختلّ ما هو المقصود من الإذن و لهذا لا يمنع ملك الوارث و المستغرق يمنعه قال و إن باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه و إن باعه بنقصان لم يجز لأنه متهم في حقه بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه لا تهمة فيه

---

المأذون (في قولهم جميعا أما عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (فظاهر) لأن المولى عندهما يملك ما في يده على ما مر (و كذا عنده) أي و كذا يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (لأنه لا يعرى عن قليله) أي لأن كسب العبد لا يخلو عن قليل الدين (فلو جعل مانعا) أي فلو جعل قليل الدين مانعا من ملك المولى ما في يد المأذون (لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختلّ ما هو المقصود من الاذن) و هو الانتفاع بكسبه (و لهذا) أي و لأجل ذلك (لا يمنع ملك الوارث) أي لا يمنع قليل الدين ملك الوارث إذا كان على الميت قليل من الدين (و المستغرق يمنعه) أي الدين المستغرق للتركة يمنع ملك الوارث لأن حقهم بعد وفاء الدين وهو حق الميت فيقدم و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية لا يمنع استغراق التركة بالدين ملك الوارث و به قال مالك رحمه الله تعالى و ذكر في المحيط أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الاول على ما سيجيء إن شاء الله تعالى (قال) أي القدوريّ (و إن باع) أي العبد المأذون الذي لزمته الديون (من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لأنه كالاجنبي عن كسبه) أي لأن المولى كالأجنبي عن كسب العبد المأذون المديون (إذا كان عليه) أي على العبد المأذون (دين يحيط بكسبه) و لهذا لو أتلف المولى ماله أو أعتقه يضمن و عليه قيمته و هذا القيد يفيد بانه إذا لم يكن عليه دين لا يجوز بيعه من المولى شيئاً حتى لا يثبت فيه الشفعة (و إن باعه بنقصان لم يجز) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى سواء كان النقصان يسيراً أو فاحشاً و عندهما يجوز (لأنه) أي لأن العبد (متهم في حقه) أي في حق المولى بميله إليه عادة (بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حيث يجوز مطلقاً (لأنه لا تهمة فيه) أي فيما إذا حابى الأجنبي فان قلت قد تكون التهمة فيه موجودة قلت هو موهوم لأن مجرد الاحتمال لا يعتبر

---

=> بكسبه مقدم على تعلقها برقبته و إذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم إحاطتها برقبته فلم يحتج إلى ذكر الثاني بعد ذكر الأول و ما وقع في عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاما لمجرد الاحتياط كذا في الأفكار.

**و بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده**

و إنما المعتبر هو الاحتمال الناشيء عن دليل (و بخلاف (١) ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) يروى بالواو و بدونها قال السغناقي هذا الخلاف متعلق بأول المسألة و هو قوله و إذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله و بخلاف و ليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو و قال و يجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به و هو قوله بخلاف ما إذا حابى الاجنبي أى أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة يخسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة و بيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في كل حال من هذه الاحوال و هذا أوجه و لكن النسخة بالواو تأباه قيل ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً و لا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالاً عليه حتى يحتاج إلى الجواب و الظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسألة و في كلامه تعقيد و تقرير كلامه هكذا و إن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص باداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا أى العبد و المريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله و إن باع بنقصان لم يجز إلى آخره قلت الأوجه ما ذكره تاج الشريعة أن قوله و بخلاف ما إذا باع المريض نقض على أصل المسألة و هو أن بيع المأذون من المولى بمثل القيمة جائز و لو باع المريض من الوارث بمثل القيمة لا يجوز قلت (٢) ينبغي أن يأتي بالمسألة بلا واو لأنه أول مسألة موردة نقضاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز و مع الأجنبي جاز و إنما

(١) و بخلاف الخ. أقول هذا معطوف على قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على أن يكون معنى الكلام و هاتان المسئلتان أعني قول القدوري و إذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز و قوله و إن باعه بنقصان لم يجز ملابستان بخلاف ما إذا حابى الأجنبي و بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف و النشر الغير المرتب أى المسألة الثانية ملابسة بخلاف ما إذا حابى الأجنبي و المسئلة الأولى ملابسة بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لا أن كلتا المسئلتين ملابستان بكلا الخلافين فاذن يتحقق المعطوف عليه و يصح المعنى كما لا يخفى كذا في الأفكار. (٢) قلت ينبغي الخ. و فيه نظر. راجع له نتائج الأفكار ص ٢٣٤ ج ٨.

لأن حق بقية الورثة تعلّق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء تعلّق بالمالية لا غير فافترقا و قالا إن باعه بنقصان يجوز البيع و يخير المولى إن شاء أزال المحاباة و إن شاء نقض البيع و على المذهبين اليسير من المحاباة و الفاحش سواء و وجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر من الغرماء و بهذا يندفع الضرر عنهم و هذا بخلاف البيع من الأجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز و لا يؤمر بإزالة المحاباة و المولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها متردد بين التبرع و

---

أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبى بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم (لأن حق بقية الورثة تعلّق بعينه) أى بعين مال الميت (حتى كان لأحدهم الاستخلاص) من الغرماء (بأداء قيمته) إلى الغرماء (أما حق الغرماء تعلّق بالمالية لا غير فافترقا) أى (١) المولى و المريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث (قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إن باعه بنقصان يجوز البيع و يخير المولى إن شاء أزال المحاباة) بإيصال الثمن الى تمام القيمة (و إن شاء نقض البيع) و تخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنفّ لقول بعض المشايخ قيل و الصحيح أنه قول الكل لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمريض المديون فى تصرفه مع الأجنبى (و على المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى و مذهب صاحبيه رحمهما الله تعالى (اليسير من المحاباة و الفاحش سواء) هذا اعتراض بين الحكم و الدليل لبيان تساوى المحاباة باليسير و الكثير فإن على مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى اليسير من المحاباة و الفاحش سواء اذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير و على مذهبهما يجوز و لكن يخير المولى بين تتميم القيمة أو نقض البيع (و وجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (لدفع الضرر عن الغرماء و بهذا) أى بالتخيير (يندفع الضرر عنهم) أى عن الغرماء (و هذا) أى الذى ذكرناه من الجواز و التخيير (بخلاف البيع من الأجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز و لا يؤمر بإزالة المحاباة و المولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها) أى من المحاباة هكذا هو فى كتاب تاج الشريعةّ و فى بقية الشروح منهما أى من المولى و الأجنبى (متردد بين التبرع و

---

(١) أى المولى و المريض. أقول و كان الصواب أن يقول أى العبد و المريض كما لا يخفى على المتأمل و العجب أنه قال بعد ذلك فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤل المعنى على هذا إلى أن يقال فى جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث و لا يخفى ما فيه كذا فى الأفكار.

البيع لدخوله تحت تقويم المقوّمين فاعتبرناه تبرعاً فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الأجنبى لانعدامها و بخلاف ما إذا باع من الأجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلاً عندهما و من المولى يجوز و يؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى و لا إذن فى البيع مع الأجنبى و هو آذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء و هذان الفرقان على أصلهما قال و إن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع لأن المولى أجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه و لا تهمة في هذا البيع و لأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه و يتمكّن

البيع) أما التبرع فلخلو البيع عن الثمن فى قدر المحاباة و أما البيع (لدخوله) أى لدخول اليسير من المحاباة (تحت تقويم المقوّمين فاعتبرناه) أى اعتبرنا حكم هذا العقد (تبرعاً فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الأجنبى لانعدامها) أى لانعدام التهمة (و بخلاف ما إذا باع الأجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و من المولى يجوز و يؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى و لا إذن فى البيع مع الأجنبى و هو آذن) أى المولى آذن و هو فاعل من الاذن (بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء) و ذلك لأجل الضرر (و هذان الفرقان على أصلهما) أى على أصل أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و المراد بالفرقين الفرق بين المولى و الأجنبى فى حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبى و الفرق بينهما فى الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الأجنبى أصلا و تجوز مع المولى و يؤمر بالازالة و فى بعض النسخ و هذا الفرقان بلفظ الإفراد على وزن فعلان بضم الفاء كغفران مصدر بمعنى الفرق فتكون النون مرفوعة و على الوجه الأول النون مكسورة لأنها نون التثنية فتكسر على ما عرف قال فى النهاية و الأصل أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما و كونه مثبتاً فى النسخ المصححة و إنما قال على أصلهما لأن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لما لم يجوز البيع من المولى لا بالغبن اليسير و لا بالفاحش لا يحتاج إلى هذين الفرقين و إنما يحتاج إلى فرق واحد و هو جواز بيع العبد من الأجنبى بالغبن الفاحش و عدم الجواز من المولى و الفرق ما ذكر فى الكتاب (قال) أى القدورىّ (و إن باعه المولى) أى إن باع المولى من عبده المأذون المستغرق بالدين (شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) بالإجماع (لأن المولى أجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه) فى هذا الكتاب (و لا تهمة فى هذا البيع و لأنه مفيد) أى و لأن هذا البيع مفيد (فإنه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه) أى فى كسبه (و يتمكّن

المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكّن و صحة التصرف تتبع الفائدة فإن سلّم إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لأن حق المولى فى العين من حيث الحبس فلو بقى بعد سقوطه يبقى فى الدين و لا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً لأنه يتعين و جاز أن يبقى حقه متعلّقاً بالعين قال و إن أمسكه في يده حتى يستوفى الثمن جاز لأن البائع له حق الحبس في المبيع و لهذا كان أخصّ به من سائر الغرماء

---

المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكّن و صحة التصرف تتبع الفائدة) أراد جواز البيع يعتمد الفائدة و قد وجدت فان المولى يستحق أخذ الثمن و العبد المبيع فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد و هذا الذى ذكره جميعه يمشى على قول الكل غير قوله لأن المولى أجنبى عن كسبه فان عندهما غير أجنبى على ما عرف (فان سلّم إليه) أى إن سلم المولى المبيع الى العبد (قبل قبض الثمن بطل (١) الثمن لأن حق المولى) ثابت (فى العين من حيث الحبس) لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع و الثابت فى العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به (فلو بقى بعد سقوطه يبقى فى الدين) لكونه فى مقابلة العين (و لا يستوجبه المولى على عبده) أى لا يستحق المولى ديناً على عبده حتى لو أتلف شيئاً من ماله لم يضمن و فى المبسوط هذا ظاهر الرواية و عن أبى يوسفؒ هذا إذا استهلك العبد المبيع فان كان قائماً فى يده فللمولى أن يسترده و يحبسه حتى يستوفى الثمن من العبد (بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً لأنه يتعين) أى حينئذ المولى أحق بذلك الثمن من الغرماء لأنه بالعقد ملك العرض بعينه (و جاز أن يبقى حقه) أى حق المولى (متعلّقاً بالعين) و هو فى يد عبده و هو أحق من الغرماء كما لو غصب شيئاً من ماله أو أودع مالاً عند عبده (قال و إن أمسكه) أى إن أمسك المولى المبيع (فى يده حتى يستوفى الثمن جاز لأن البائع له حق الحبس فى المبيع و لهذا) أى و لأجل ذلك (كان) أى البائع (أخص به) أى بالمبيع (من سائر الغرماء) إذا كان المبيع قائماً فى يده و فائدة كونه أخص أنه إذا مات المشترى قبل أداء الثمن يكون البائع أولى بالمبيع من غيره كالرهن فى يد المرتهن إذا مات

---

(١) بطل الثمن و إذا بطل الثمن صار كأنه باع بغير ثمن فلا يجوز البيع و مراده ببطلان الثمن بطلان تسليمه و المطالبة به و للمولى استرجاع المبيع كذا فى الجوهرة لكن فى التبيين بعد ما ذكر أنه لا يطالب العبد بشىء لأنه بتسليم المبيع سقط حقه فى الحبس و لا يجب له على عبده دين فخرج مجانا و أن عندهما تعلق حقه بعينه فكان أحق به من الغرماء إلى أن قال هذا جواب ظاهر الرواية و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن للمولى أن يسترد المبيع إن كان قائما و يحبسه حتى يستوفى الثمن اهـ.

و جاز أن يكون للمولى حق فى الدين إذا كان يتعلق بالعين و لو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو ينقض البيع كما بينا فى جانب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال و إذا أعتق المولى المأذون و عليه ديون فعتقه جائز لأن ملكه فيه باق و المولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً و استيفاء من ثمنه و ما بقى من الديون يطالب به بعد العتق لأن الدين فى ذمته و ما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضماناً فبقي الباقي عليه

---

الراهن يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء (و جاز أن يكون للمولى حق فى الدين إذا كان يتعلق بالعين) هذا جواب عما يقال أنتم قلتم إن المولى لا يستوجب على عبده ديناً فقد استوجب ديناً فى ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله و تقرير الجواب أن يقال يجوز أن يكون للمولى حق فى الدين إذا كان يتعلق بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة و هو دين لما تعلق برقبته و هذا لأن البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع و لا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي و بالدين من حيث تعلقه بالعين (و لو باعه) أى و لو باع المولى من عبده المأذون شيئاً (بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة) سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة (أو ينقض البيع كما بينا فى جانب العبد) أشار به إلى قوله و يخير المولى إن شاء أزال المحاباة إلى آخره (لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال فى النهاية هذا على إختيار صاحب المبسوط و أما على رواية صاحب الكتاب و هو رواية مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أصلا فلا يرد التخيير عنده و عندهما يجوز البيع مع التخيير و فى الكافى و يحتمل أن يكون البيع فاسداً عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى على قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى كما فى الفصل الأول (قال) أى القدورى (و إذا أعتق المولى المأذون) أى العبد المأذون (و عليه ديون) أى و الحال أن على المأذون ديون لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو إتلاف المال (فعتقه جائز) و لا نعلم فيه خلافا (لأن ملكه فيه باق) أى لأن ملك المولى فى المأذون باق (و المولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً و استيفاء) أى من جهة بيع العبد و من جهة استيفاء الديون (من ثمنه) أى من ثمن العبد فاذا كان كذلك فانه يضمن قيمته بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (و ما بقى من الديون يطالب به بعد العتق لأن الدين فى ذمته) أى فى ذمة المأذون (و ما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضماناً) أى من حيث الضمان (فبقى (١) الباقى عليه) أى على

---

(١) فبقى الباقى عليه كما كان فيرجع به عليه و لهذا كان للغرماء أن يتبعوا العبد بالكل و يبرؤا المولى عنه =>

كما كان فإن كان أقلّ من قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم بقدره بخلاف ما إذا أعتق المدبر و أم الولد المأذون لهما و قد ركبتهما ديون لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما إستيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلا يضمن شيئاً قال فإن باعه المولى و عليه دين يحيط برقبته و قبضه المشترى و غيّبه فإن شاء الغرماء ضمّنوا البائع قيمته و إن شاؤا ضمّنوا المشترى لأن العبد تعلق به حقهم حتي كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولي دينهم

---

المأذون (كما كان فان كان) أى الدين (أقلّ من قيمته) أى قيمة العبد المأذون (ضمن) أى المولى (الدين لا غير لأن حقهم بقدره) أى لأن حق الغرماء بقدر الدين (بخلاف ما إذا أعتق المدبر و أم الولد المأذون لهما و قد ركبتهما ديون) حيث لا ضمان على المولى (لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما إستيفاء بالبيع) أى من حيث استيفاء الدين بواسطة البيع لأنهما لا يقبلان النقل من ملك إلى ملك (فلم يكن المولى متلفاً حقهم) بالعتق (فلا يضمن شيئاً) أى فلا يضمن المولى شيئا (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (فان باعه المولى) أى فان باع المولى العبد المأذون له بدون إذن الغرماء بثمن لا يفي بديونهم (و عليه دين) أى و الحال أن على المأذون دين (يحيط برقبته و قبضه المشترى و غيّبه) قيّد بقوله و غيّبه لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم (١) أن يبطلوا البيع إلا أن يقضى المولى ديونهم فاذا لم يقدروا على العبد (فان شاء الغرماء ضمّنوا البائع قيمته) أى قيمة العبد المأذون (و إن شاؤا ضمّنوا المشترى) هذا الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة أما إذا كان كثيراً أو مساوياً فلا خيار لهم و هذا الضمان أيضاً إذا كان البيع بغير إذن القاضى و بغير إذن الغرماء و الدين حال و الثمن لا يفى بديونهم حتى لو باعه بإذنهم أو باذن القاضى و الدين مؤجل أو يفى الثمن بديونهم لا ضمان على المولى فى هذه الوجوه فان قلت حق الغرماء كحق المرتهن و ذلك يمنع الراهن من البيع سواء كان الدين حالا أو مؤجلا قلت ليس كذلك إذ للمرتهن فى الرهن ملك اليد و ذلك قائم مقام التأجيل فى الدين و به يعجز الراهن عن التسليم و ليس للغرماء ملك اليد فى المأذون و لا فى كسبه و إنما لهم حق المطالبة بقضاء الدين و ذلك متأخر إلى الأجل (لأن العبد تعلق به حقهم حتي كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولي دينهم) فحينئذ ليس لهم أن يبيعوه لوصولهم

---

=> لأن دينهم عليه و إذا اختاروا اتباع أحدهما لا يبرأ الآخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لأن هناك الضمان واجب له على أحدهما فاذا اختار تضمين أحدهما برىء الآخر ضرورة و هنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة و لو أعتقه المولى باذن الغرماء فلهم أن يضمنوا مولاه القيمة و ليس هذا كاعتاق الراهن باذن المرتهن و هو معسر لأنه قد خرج من الرهن باذنه و العبد المأذون له لا يبرأ من الدين باذن الغريم ذكره فى المحيط اه. (١) كان لهم أن يبطلوا البيع يعنى قبل قضاء القاضى لهم بالقيمة فلو بعده ففيه تفصيل يأتى عن الزيلعي.

و البائع متلف حقهم بالبيع و التسليم و المشترى بالقبض و التغييب فيخيّرون فى التضمين و إن شاؤا أجازوا البيع و أخذوا الثمن لأن الحق لهم و الإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما فى المرهون فإن ضمّنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد لأن سبب الضمان قد زال و هو البيع و التسليم و صار كالغاصب

---

إلى حقهم (و البائع) و هو المولى (متلف حقهم بالبيع و التسليم) أى متلف حق الغرماء ببيع العبد الذى تعلق به حقهم و التسليم إلى المشترى (و المشترى بالقبض و التغييب) أى و المشترى متلف حقهم أيضاً بقبض العبد و تغييبه إياه (فيخيّرون فى التضمين) أى إذا كان الأمر كذلك يخيّر الغرماء فى تضمينَ البائع أو المشترى (و إن (١) شاؤا أجازوا البيع) هذا يدل على أن هذا البيع كان موقوفاً و قال قاضى خانّ و هذا البيع قبل اجازة الغرماء فاسد و ليس بموقوف (و أخذوا الثمن لأن الحق لهم و الإجازة اللاحقة كالإذن السابق) و لو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا أجازوا فان قلت يشكل بما إذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ثم أذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه قلت لأنه لا يحتاج إلى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها و لا كذلك هنا فان البيع يتوقف لزومه على اجازة الغرماء فاذا وجدت أثرت فى اللزوم (كما فى المرهون) يعنى أن الراهن اذا باع المرهون بلا اذن المرتهن ثم أجاز المرتهن البيع يجوز فكذا هنا لأن الاذن فى الإنتهاء كالإذن فى الابتداء (فان ضمّنوا البائع قيمته) أى إن ضمّن الغرماء المولى البائع قيمة العبد الذى باعه (ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة) على الغرماء (و يكون حق الغرماء فى العبد لأن سبب الضمان قد زال و هو البيع و التسليم) قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى يعنى اذا قبله بقضاء القاضى لأن القاضى لما رده فقد فسخ العقد فيما بينهما فعاد إلى الحال الأولى (و صار كالغاصب) أى صار المولى هنا كالغاصب

---

(١)و إن شاؤا أجازوا البيع الخ. قال العلام الزيلعيّ فى التبيين: حاصله أن الغرماء مخيرون بين ثلاثة أشياء إجازة البيع و تضمين أيهما شاؤا ثم إن ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع و إن ضمنوا البائع سلم المبيع للمشترى و تم البيع لزوال المانع و أيهما اختاروا تضمينه برىء الآخر حتى لا يرجعوا عليه و إن تويت القيمة عند الذى اختاروه و لو ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضى قضى لهم بالقيمة بينة أو بابآء يمين لأن حقهم تحول إلى القيمة بالقضاء و إن قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه و قد ادعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار إن شاؤا رضوا بالقيمة و إن شاؤا ردوها و أخذوا العبد فبيع لهم لأنه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم و هو نظير المغصوب فى ذلك كذا ذكره فى النهاية و عزاه إلى المبسوط قال الراجى عفو ربه الحكم المذكور فى المغصوب مشروط بأن تظهر العين و قيمتها أكثر مما ضمن و لم يشترط هنا ذلك و إنما شرط أن يدعى الغرماء أكثر مما ضمن و أن كمال حقهم لم يصل إليهم بزعمهم و بينهما تفاوت كثير لأن الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار فيه و إنما يثبت لهم الخيار إذا ظهر و قيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا اه.

إذا باع و سلّم و ضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك و يسترد القيمة كذا هذا قال و لو كان المولى باعه من رجل و أعلمه بالدين فللغرماء أن يردّوا البيع لتعلق حقهم و هو الاستسعاء و الاستيفاء من رقبته و في كل واحد منهما فائدة فالأول تام مؤخر و الثاني ناقص معجل و بالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم أن يردّوه قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن فإن وصل و لا محاباة في البيع ليس لهم أن يردّوه لوصول حقهم إليهم

---

(إذا باع) أى العين المغصوبة (و سلّم و ضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك و يسترد القيمة) أى كان للغاصب أن يرد العين التى باعها و ردت عليه بالعيب على المالك و يأخذ منه القيمة التى دفعها إليه بسبب الضمان (كذا هذا) أى البائع كالغاصب أو حكم البائع كحكم الغاصب (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لو كان المولى باعه من رجل و أعلمه بالدين) و صورتها فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى فى عبد رجل عليه دين باعه من رجل و أعلمه بالدين و تبصر الرجل ثم جاء الغرماء قال لهم أن يردوا البيع و إن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم و بين المشترى و هذا قول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى المشترى خصم و يقضى لهم بدينهم انتهى قوله و أعلمه أى أعلم البائع المشترى بأن هذا العبد مديون وفائدة الاعلام سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازماً فى حق المتعاقدين و إن لم يكن لازماً فى حق الغرماء إذا لم يكن فى ثمنه وفاء بديونهم (فللغرماء أن يردّوا البيع لتعلّق حقهم و هو الاستسعاء) أى حقهم هو الاستسعاء من العبد (و الاستيفاء من رقبته) أى من رقبة العبد بالاستسعاء و ينبغى أن تقدر كلمة به بعد قوله من رقبته أى بالإستسعاء كما ذكرنا (و فى كل واحد منهما) أى من الإستسعاء و الإستيفاء (فائدة فالأول) أى الإستسعاء (تام مؤخر) يعنى إلى زمان الاستسعاء (و الثانى) أى الاستيفاء من رقبته (ناقص معجل و بالبيع يفوت هذه الخيرة) أى الخيار (فلهذا لهم أن يردّوه) أى فلأجل ما ذكرنا للغرماء أن يردوا البيع (و قالو) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (تأويله) أى تأويل قول محمد رحمه الله تعالى فللغرماء أن يردوا البيع (إذا لم يصل إليهم الثمن) بأن لا يفى الثمن بديونهم لأنه كان لهم حق الاستعساء إلى أن يصل إليهم ديونهم و بهذا البيع لا يمكنهم الاستسعاء فكان لهم أن ينقضوا البيع (فإن وصل) أى الثمن إليهم (و لا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه) أى البيع (لوصول حقهم إليهم) قيل فى عبارته تسامح لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة فى البيع لا يستلزم نفى الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن و لا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد و الاستسعاء

قال فإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم و بين المشترى معناه إذا أنكر الدين و هذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى المشترى خصم و يقضى لهم بدينهم و على هذا الخلاف إذا اشترى داراً و وهبها و سلّمها و غاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له و عنهما مثل قوله في مسألة الشفعة لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه

---

في الديون و أجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد و فيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله و لا محاباة في البيع فانهم إذا قبضوا الثمن و رضوا به سقط حقهم و إن كان فيه محاباة و لعل الصواب أن يقال قوله و لا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بدليل قوله و الثاني ناقص معجل فانه إنما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون فان قيل إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للفداء فما بال هذا لا يكون مختاراً لقضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه و أما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع و الاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضى دينه و ذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه و فيه نظر لأن قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة و الجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه (قال فان كان البائع) و هو المولى (غائباً فلا خصومة بينهم و بين المشترى معناه) أي معنى قول محمد رحمه الله تعالى فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم و بين المشترى (إذا أنكر الدين) أي إذا أنكر المشترى الدين و إنما قيد بالانكار لأنه لو أقر المشترى بدينهم و صدقهم في دعوى الدين كان للغرماء أن يردوا البيع بلا خلاف إذا لم يف الثمن بديونهم ذكره المحبوبي و كذا لو كان المشترى غائباً و البائع حاضر فلا خصومة بينهم و بين البائع في رقبة العبد بلا خلاف ذكره في المبسوط (و هذا) أي عدم كون الخصومة بينهم و بين المشترى (عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى المشترى خصم و يقضى لهم) أي للغرماء (بدينهم و على هذا الخلاف إذا اشترى داراً) لها شفيع (و وهبها) لرجل (و سلّمها) إلى الموهوب له (و غاب) أي المشترى الواهب (ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما) أي عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (خلافاً له) أي لأبي يوسف رحمه الله تعالى (و عنهما) أي عن أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (مثل قوله) أي مثل قول أبي يوسف رحمه الله تعالى (في مسألة الشفعة) بأن يكون الموهوب له خصماً و هذه رواية ابن سماعة رحمه الله تعالى (لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه) أي

يدعى الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه و لهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد و قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال و من قدم مصراً فقال أنا عبد لفلان فاشترى و با ع لزمه كل شيء من التجارة لأنه إن أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه و إن لم يخبر فتصرفه جائز إذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره و العمل بالظاهر هو الأصل فى المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس إلا أنه لا يبا ع

---

المشترى (يدعى الملك لنفسه) لأنه ممسك للعين فكل من أمسك الشيء لنفسه يكون مالكاً (فيكون خصماً لكل من ينازعه) ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبداً شراء فاسداً فجاء رجل فادعى أن العبد له فالمشترى خصم لأنه في يده و هو مالك فكذا هذا (و لهما) أى و لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن الدعوى تتضمن فسخ العقد و قد قام بهما) أى و الحال أن العقد قد قام بالبائع و المشترى (فيكون الفسخ قضاء على الغائب) و هو يجوز لأن الحاضر ليس بخصم عنه (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من قدم مصرا) إنما قال و من قدم و لم يقل و إذا قدم عبد مصراً لأنه لا يعلم كونه عبداً إلا بقوله و إنما نكر مصراً لأنه لم يرد به مصراً معيناً و إنما أراد مصراً من الامصار (فقال أنا عبد لفلان فاشترى و با ع لزمه كل شيء من التجارة) و هذا استحسان و القياس أن لا يقبل قوله لأنه أخبر عن شيئين أحدهما أنه أخبر أنه مملوك و هذا إقرار منه على نفسه و الثانى أنه أخبر أنه مأذون فى التجارة و هذا إقرار على المولى و إقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان هو قوله (لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه) أشار بهذا إلى أن المسألة على وجهين أحدهما أنه يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل و القياس أن لا يصدق و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و الوجه الآخر هو قوله (و إن لم يخبر) أى لم يقل إن مولاه أذن له بل با ع و اشترى (فتصرفه جائز) أى فتصرفه دليل على أنه مأذون فيه و القياس أن لا يثبت و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه (إذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره و العمل بالظاهر هو الأصل فى المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة إلى قبول قوله لأن الإنسان يبعث الأحرار و العبيد فى التجارة فلو لم يقبل قول الواحد فى المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له فى التجارة و فى ذلك من الضيق ما لا يخفى و القياس أن يشترط عدالة المخبر لأن خبر العدل حجة و فى الاستحسان لا يشترط للضرورة و البلوى (إلا أنه لا يبا ع) إستثناء من قوله لزمه كل شيء و معناه أنه إذا لم يكن فى كسبه

**حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بيناه فإن حضر و قال هو مأذون بيع في الدين لأنه ظهر الدين في حق المولى و إن قال هو محجور فالقول قوله لأنه متمسك بالاصل.**

**(فصل)**

**و إذا أذن و لي الصبي للصبي في التجارة فهو في.**

وفاء لا يباع في الدين (حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها) أي الرقبة (خالص حق المولى) لأن بيعها ليس من لوازم الإذن في التجارة ألا ترى أنه إذا أذن للمدبر و أم الولد و لحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت الرقبة خالص حق المولى و حينئذ جاز أن يكون مأذوناً و لا يباع (بخلاف الكسب) حيث يقضى الدين منه لأن قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة (لأنه) أي الكسب (حق العبد على ما بيناه) أشار به إلى قوله في وسط كتاب المأذون و يتعلق دينه بكسبه إلى أن قال لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فان حضر) أي المولى (و قال هو مأذون بيع في الدين) يعنى إذا لم يقض المولى دينه (لأنه ظهر الدين في حق المولى) أي بقوله انه مأذون و حكم المأذون أنه يباع في الدين (و إن قال) أي المولى (هو محجور فالقول قوله) أي قول المولى مع يمينه (لأنه) أي المولى (متمسك بالأصل) و هو عدم الاذن و إذا أقامت الغرماء البينة أنه أذن له فحينئذ يباع لأن دعوى العبد الإذن عليه كدعى العتق و الكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى إلا بالبينة و في مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده و لو أن الغرماء أقاموا البينة أن العبد مأذون له و العبد يجحد و المولى غائب لا تقبل بينتهم حتى لا تباع رقبة العبد بالدين لأنها قامت على غائب و ليس عنه خصم حاضر و إن أقر العبد بالدين فباع القاضي أكسابه و قضى دين الغرماء ثم جاء المولى و أنكر الاذن كلف القاضي الغرماء البينة على الاذن فان أقاموها و إلا ردوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن أكساب العبد فلا تنقض البيوع التي جرت من القاضي في كسبه لأن للقاضي ولاية بيع مال الغائب و تؤخر حقوق الغرماء إلى أن يعتق العبد.

**(فصل)**

لما فرغ من بيان أحكام إذن العبد في التجارة شرع في أحكام إذن الصبي و قدم الأول لكثرة وقوعه (و إذا أذن ولي الصبي) و هو أبوه أو جده أو وصيهما أو نحوهم (للصبي في التجارة فهو (١) في

(١)فهو في البيع و الشراء الخ. أقول كان الظاهر أن يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة ليطابق ما قبله من قوله في التجارة و ليعم غير البيع و الشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها أيضا عندنا و =>

البيع و الشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع و الشراء حتى ينفذ تصرفه و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا ينفذ لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه و لأنه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف عليه و يملك حجره فلا يكون والياً للمنافاة

---

البيع و الشراء كالعبد المأذون) في نفوذ تصرفه و عدم التقيد بنوع دون نوع و صيرورته مأذوناً بالسكوت و صحة إقراره بما في يده و غير ذلك مما ذكر في العبد (إذا كان) أي الصبي (يعقل البيع و الشراء) أي يعرف أن البيع سالب للملك و الشراء جالب له و يعرف (١)الغبن اليسير و الفاحش و ليس المراد منه أن يعرف نفس العبارة فإنه ما من صبي لقن البيع و الشراء إلا و يتلقنهما كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى في مبسوطه و بعضهم قالوا معناه أن يعرف البيع و يقف على قيم الأشياء على وجه لو سئل عن قيمة شيء يقرب في تقويمه و لا يجازف فإن كان هكذا فالظاهر أنه لا يغبن فيكون كالبالغ فيصح إذنه في التجارة و إلا فلا كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابيّ في شرح الكافي (حتى ينفذ) برفع الذال (تصرفه) أي تصرف الصبي (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا ينفذ) أي تصرفه بإذنه و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و بعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى في وجه كقولنا (لأن حجره لصباه) أي لأن حجر الصبي لأجل صبا نفسه (فيبقى ببقائه) أي فيبقى الحجر ببقاء الصبا و بقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى و هو يسقط بإذنه لكونه راضياً بتصرفه حينئذ (و لأنه) أي و لأن الصبي (مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه) أي على الصبي يعني في ماله بعد الإذن مولى (و يملك حجره) أي حجر الصبي (فلا يكون) أي الصبي (والياً للمنافاة) أي بين كونه والياً و بين كونه مولى عليه

---

=> كأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع و الشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات إلا أنه آثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم و أظهر في إفادة تمام المراد و هذا ما في عبارة مختصر القدوري كذا في الأفكار. (١)و يعرف الغبن اليسير الخ. و في الشامية: بحث شيخنا في هذا الشرط بأن الفرق بين اليسير و الفاحش مختص بحذاق التجار فينبغي أن لا يعتبر قلت و أصله للعلامة يعقوب باشا محشي صدر الشريعة ذكره في أوائل كتاب الوكالة لكنه بحث مصادم للمنقول في المذهب فالشأن في تأويله و لعل مرادهم فيما تكون قيمته معروفة مشهورة و إلا فغيره قد يغبن فيه أعقل الناس أو المراد أن يعرف أن الخمسة فيما قيمته عشرة مثلا غبن فاحش و أن الواحد فيها يسير فان من لم يدرك الفرق بينهما غير عاقل كصبي دفع له رجل كعبا و أخذ به ثوبه فانه إذا فرح به و لم يعرف أنه مغبون لا يصح تصرفه أصلا و الظاهر أن هذا هو المراد و أجاب في وكالة السعدية بأنه قد يقام التمكن من الشيء مقام ذلك الشيء فالتمكن من المعرفة بالعقل و ذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فيه فليتأمل اه و حاصله أن ما ذكر كناية عن أن يكون عاقلا و ليس المراد حقيقة هذه المعرفة فهو من إطلاق اللازم و إرادة الملزوم والله تعالى اعلم.

**فصار كالطلاق و العتاق بخلاف الصوم و الصلاة لأنه لا يقام بالولي و كذلك الوصية على أصله فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه أما البيع و الشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ههنا و لنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه**

---

لأن كونه مولى عليه سمة العجز و كونه والياً سمة القدرة (فصار) أى تصرف الصبى (كالطلاق و العتاق) حيث لا يصحان منه و إن أذن له الولى (بخلاف الصوم) أى الصوم النفل (و الصلاة) أى الصلاة النافلة (لأنه) أى لأن كل واحد من الصوم و الصلاة (لا يقام بالولى) فيصحان من الصبى (و كذا الوصية) أى و كذا تصح الوصية منه كصحة الصوم و الصلاة (على أصله) أراد به على أصل الشافعي رحمه الله تعالى فان من أصله أن كل تصرف يتحقق من الولي لا يصح بمباشرة الصبى لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة و لا ضرورة فيما يتصرف فيه الولي و كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه يصح تصرفه فيه بنفسه فلهذا يعتبر وصيته بأعمال البر و لا يتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله برأى الولي و لهذا لم يصحح الشافعي رحمه الله تعالى اسلامه بنفسه لتحقق إسلامه باسلام أحد أبويه كذا في المبسوط (فتحققت الضرورة) أى إذا كان كذلك فتحققت الضرورة (إلى تنفيذه منه) أى إلى تنفيذ التصرف الذى لا يتحقق بمباشرة الولى من الصبى (أما البيع و الشراء يتولاه الولى فلا ضرورة ههنا) فلا يصح تصرفه فيه (و لنا أن التصرف المشروع) بقوله تعالى ﴿و أحل الله البيع﴾ مطلقاً من غير فصل بين البالغ و الصبى (صدر من أهله) لكونه عاقلاً مميزاً يعلم أن البيع سالب و أن الشراء جالب و يعلم الغبن اليسير من الفاحش (فى محله) لكون المبيع مالاً متقوماً (عن ولاية شرعية) لكونه صدر عن إذن وليه و الولى له هذا التصرف فكذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق و العتاق لما لم يملكه الولى لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبى لا يكون عن ولاية شرعية و إن أذن الولى بذلك فان قلت لا نسلم أنه أهل و هذا لأن مجرد العقل و التمييز لا يكفى بل البلوغ و شرط ليصير أهلا إذ الشخص إنما يصير أهلا للتصرف بكمال الحال و حال الانسان لا يكمل قبل البلوغ و لهذا لا يتوجه عليه خطابات الشرع لأن العقل و التمييز اللذين يعرف بهما الأشياء أمر باطن و لذلك يتفاوت فى نفسه فأقيم البلوغ مقامه فلا يعتبر وجود العقل فى الصبى قلت العقل وحده يكفى لثبوت الاهلية لأن به يحصل معرفة الأشياء إلا أن الصبى مظنة للرحمة و بالخطاب يتضرر و صحة العبارة نفع محض إذ الآدمى شرف على غيره بها و الخلاف فى الصحة لان المذهب عندنا أن الصبى اذا باع ماله انعقد و يتوقف على الاجازة كالراهن يبيع المرهون ينعقد و يتوقف على إجازة المرتهن (فوجب تنفيذه) أى إذا كان كذلك فوجب تنفيذ التصرف الذى

**على ما عرف تقريره فى الخلافيات و الصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته و قد ثبتت نظراً إلى إذن الولى و بقاء ولايته لنظر الصبى لاستيفاء المصلحة بطريقين و احتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق و العتاق لأنه ضار محض فلم يؤهل له و النافع المحض كقبول الهبة و الصدقة يؤهل له قبل الاذن و البيع و الشراء**

---

لا يتحقق بمباشرة الولى بتصرف الصبى كما قلنا (على ما عرف تقريره) أى تقرير الخلاف الذى بيننا و بين الشافعى رحمه الله تعالى فى هذه المسألة (فى الخلافيات و الصبا سبب الحجر) هذا جواب عن قول الشافعى رحمه الله تعالى لأن حجره لصباه و تقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبى لذاته بل بالغير و هو عدم الهداية أشار إليه بقوله (لعدم الهداية) أى إلى التصرفات فصار كالعبد فى كون حجره لغيره (لا لذاته) لكونه أهلا فإذا انضم إلى رأيه رأى الولى صار هو و البائع سواء فيترجح جانب النفع على جانب الضر بل هذا أقوى لأنه تصرف حضره رأيان فكان أقرب إلى النظر الذى حضره رأى واحد فلا يبقى الضرر فيرتفع الحجر (و قد ثبتت) أى الهداية إلى التصرفات (نظراً إلى إذن الولى) لأنه لو لم يعلم أنه هاد فى أمور التجارة لما أذن له (و بقاء (١) ولايته) يرفع بقاء على الابتداء و خبره قوله (لنظر الصبى) أى بقاء ولاية الولى بعد الإذن نظراً للصبى و هذا جواب عما يقال لو ثبتت له الهداية بالإذن لم يبق الولى ولياً و تقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث و فى إعتبار كلامه فى التصرف نفع محض (لاستيفاء المصلحة بطريقين) أى بمباشرة وليه له و مباشرة نفسه فكان مرحمة فى حقه فوجب اعتباره (و احتمال تبدل الحال) بالجر عطفاً على قوله لاستيفاء المصلحة أى و لاحتمال تبدل حال الصبى من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولى ليتدارك ذلك (بخلاف الطلاق و العتاق) جواب عن قوله فصار كالطلاق و العتاق (لأنه) أى لأن كل واحد من الطلاق و العتاق (ضار محض فلم يؤهل له) أى فلم يجعل الصبى أهلا للضار المحض أى للتصرف فيه (و النافع المحض) بالرفع مبتدأ (كقبول الهبة و الصدقة) مثال للنافع المحض (يؤهل له) خبر المبتدأ أى يجعل الصبى أهلا للنافع المحض سواء كان (قبل الاذن) أو بعده فلا يتوقف على الاذن (و البيع و الشراء) البيع مبتدأ أيضاً و الشراء

---

(١) و بقاء ولايته الخ. أقول هذا يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعى رحمه الله تعالى و لأنه مولى عليه الخ و ثانيهما أن يكون جوابا عن سوال مقدر و هو أن يقال لو صار الصبى وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغى أن لا يبقى وليه وليا فى التصرف فى ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين و صاحب العناية اختار الثانى و كثير من الشراح اختاروا الأول فعليك بالاختبار ثم الاختيار.

**دائر بين النفع و الضرر فيجعل أهلاً له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفاً منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً و صحة التصرف في نفسه و ذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب و الجد عند عدمه و الوصي و القاضي و الوالي بخلاف صاحب الشرط**

عطف عليه و قوله (دائر بين النفع و الضرر) خبر فان قلت المبتدأ شيئان و الخبر واحد و التطابق شرط قلت تقديره و كل واحد من البيع و الشراء دائر أى متردد بين النفع على اعتبار الربح و الضرر على اعتبار الخسران (فيجعل أهلا له بعد الاذن) أى إذا كان كذلك يجعل الصبى أهلا لهذا النوع من التصرفات بعد إذن الولي (لا قبله) أى لا قبل الاذن (لكن قبل الاذن يكون موقوفاً منه) هذا جواب عما يقال أنتم ما عملتم بجهة كونه ضارا فكان ينبغي أن لا يجوز و تقريره أنه إنما أوقفناه قبل الاذن (على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً) فإنه أحد المحتملين (و صحة التصرف في نفسه) بجر صحة أى و لصحة التصرف في نفسه لأنه مشروع صدر من أهله في محله فان قيل إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته كان نافعاً محضاً كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف و أجيب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا (و ذكر الولي في الكتاب) أى في مختصر القدوري أراد به ما ذكره بقوله و إذا أذن ولي الصبي (ينتظم الأب و الجد عند عدمه) أى عند عدم الأب و ليس المراد به الترتيب لأن وصي الأب مقدم على الجد (و الوصي) بالنصب أى و ذكر الولي ينتظم الوصي أى وصي الأب و وصي الجد (و القاضي و الوالي) بالنصب أيضاً أى و ذكر الولي ينتظم القاضي و الوالي و في المبسوط (١) وليه أبوه ثم وصي الأب ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصي القاضي فأما الأم أو وصي الأم فلا ولاية لهما عليه فلا يصح الاذن منهما و لا يقال وصي الأم لو باع العروض التي ورث الصغير من أمه يجوز لأن ذلك من باب الحفظ على الأم الميتة و على الصغير لا لأنه تجارة حتى لو اشترى شيئاً آخر لليتيم لا يجوز كذا في الذخيرة و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى وصي الصبي و المجنون الأب ثم الجد و إن عدما فالسلطان و في شرح الطحاوي ولي الصغير أبوه ثم وصي أبيه ثم وصي وصيه ثم جده ثم وصي جده ثم وصي وصيه ثم القاضي و من نصبه القاضي سواء كان الصغير في عيال هؤلاء أو لم يكن (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمير بخارى فكان الوالي أكبر منه لأن له ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط و قوله الشرط بضم الشين المعجمة و فتح الراء و هو جمع شرطة بضم الشين المعجمة و سكون الراء و الشرطة خيار الجند و أول كتيبة تحضر الحرب و في العباب الشرطي و الشرطة واحد

(١) المبسوط للسرخي ص٢٣ ج٢٥.

لأنه ليس إليه تقليد القضاة و الشرط أن يعقل كون البيع سالباً للملك جالباً للربح و التشبيه بالعبد المأذون يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لأن الإذن فك الحجر و المأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبياً فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع و يصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد و يصح

---

الشرط قال الأصمعي سموا بذلك لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها و قال أبو عبيدة سموا شرطاً لأنهم أعدوا و الشرطة أول طائفة من الجيش تحضر الوقعة قلت أصل ذلك من الشرط بفتحتين و هو العلامة و منه أشراط الساعة أي علاماتها (لأنه ليس إليه تقليد القضاة) أي لأن الشأن ليس إلى صاحب الشرط تقليد القضاة و الوالي إليه تقليد القضاة فكان أكبر منه فلذلك ينتظمه حكم الولاية لأنه يلي التصرفات على الناس بخلاف صاحب الشرط فإنه فوض إليه أمر خاص قلت فعلى هذا لا تكون الولاية في مصر إلا للسلطان لأن له التصرف العام بخلاف غيره من الحكام لأن كلا منهم يفوض إليه أمر خاص إلا القضاة فإنه يفوض إليهم سائر الأحكام الشرعية فكذلك لا تكون الولاية في البلاد الشامية إلا للقضاة خاصة اللهم إلا قلد أحد من نوابها الكبار تقليد القضاة (و الشرط أن يعقل) أي الصبي (كون البيع سالباً للملك جالباً للربح) و قد مر بيان هذا الشرط (و التشبيه بالعبد المأذون) أراد تشبيه الصبي بالعبد المأذون في قوله فهو في البيع و الشراء كالعبد المأذون (يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه) أي في حق الصبي لا يقال يرد عليه أن التعميمَ ليس بمستقيم فإن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين محيط بماله دون الولي لأنا نقول إن ذلك من إنحجار الولي و عدم إنحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد و الصبي و بأن دين الصبي لكونه حراً يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولي و دين العبد يتعلق بكسبه و المولى أجنبي منه إذا كان الدين مستغرقه (لأن الإذن فك الحجر و المأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبياً فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع) أراد أن المأذون له في التصرف إنما يتصرف بأهلية نفسه فيستوى فيه العبد و الصبي فإذا استويا في ذلك فلا يتقيد تصرفهما بنوع دون نوع لما مر فيما مضى (و يصير) أي الصبي (مأذوناً بالسكوت) بأن يراه وليه يبيع و يشترى فيسكت فإنه أذن له لكن هذا في الأب و الجد و الوصي لا في القاضي ألا ترى إلى ما ذكر في الفتاوى الصغرى أن القاضي إذا رأى الصغير أو المعتوه يبيع و يشترى فسكت لا يكون مأذونا في التجارة (كما في العبد) إذا رآه مولاه يبيع و يشترى فسكت فإنه يكون مأذوناً (و يصح

إقراره بما في يده من كسبه و كذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح إقرار العبد و لا يملك تزويج عبده و لا كتابته كما في العبد و المعتوه الذى يعقل البيع و الشراء بمنزلة الصبى

---

إقراره بما في يده من كسبه) أى يصح إقرار الصبى بعد الإذن بما هو كسبه عيناً كان أو ديناً لوليه و لغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين و أورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة و الولى لا يملك الإقرار على مال الصبى فكيف أفاده ذلك بإذنه و الجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة و الولى يملك الإذن بالتجارة و توابعها (و كذا بموروثه) أى و كذا يصح إقراره بموروثه بأن أقر بشيء من تركة أبيه لإنسان (فى ظاهر الرواية) احترز به عن رواية الحسن رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز إقراره بذلك لأن صحة إقراره فى كسبه لحاجته فى التجارة إلى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته فى التجارة و هى معدومة فى الموروث وجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالإذن التحقق بالبالغين و لهذا نفذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى بعد الإذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث و المكتسب فى صحة الإقرار سواء لكونهما مالية (كما يصح إقرار العبد) بعد الاذن لانفكاك الحجر عنه (و لا يملك تزويج عبده) أى و لا يملك الصبى تزويج عبده قيد بالعبد لأن عدم جواز تزويجه بالاجماع أما فى عدم جواز تزويج أمته خلاف بين أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و بين أبى يوسف رحمه الله تعالى فعنده يملك تزويج أمته لأن فيه تحصيل المال و عندهما لا يملكه لأن النكاح ليس من عقود التجارة فلا يملك كالعبد المأذون (و لا كتابته) أى و لا يملك الصبى كتابة عبده أيضاً (كما فى العبد) أى العبد المأذون فانه لا يملك تزويج عبده ولا كتابته فان قلت الأب و الوصى يملكان الكتابة فى عبد الصبى فينبغى أن يملكها الصبى بعد الإذن قلت الاذن يتناول ما كان من صنيع التجار و الكتابة ليست منه (و المعتوه الذى يعقل البيع و الشراء بمنزلة الصبى) يعنى الجواب فيه كالجواب فى الصبى المميز و لا نعلم فيه خلافا و فى الذخيرة المعتوه الذى يعقل البيع و الشراء كالصبى إذا بلغ معتوهاً أما إذا بلغ عاقلا ثم عته فأذن له الولى فى التجارة هل يصح إذنه فقال أبوبكر البلخى لا يصح إذنه قياساً و هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى و يصح استحساناً و هو قول محمد رحمه الله تعالى و هذا بخلاف ما لو عته الأب أو جن فإنه لا يثبت للإبن الكبير ولاية التصرف فى ماله و إنما يثبت له ولاية التزويج لا غير و قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى و المعتوه الذى يعقل البيع و الشراء فى التجارة بمنزلة الصبى الذى يعقل لأنه ناقص العقل و إن كان لا يعقل فهو مجنون فيكون بمنزلة الصبى الذى لا يعقل و لو أذن المعتوه

**يصير مأذوناً باذن الأب و الجد و الوصى دون غيرهم على ما بيناه و حكمه حكم الصبى والله أعلم.**

## كتاب الغصب

**الغصب في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلّب للاستعمال فيه**

---

الذى يعقل البيع و الشراء فى التجارة لابنه كان باطلا لأنه مولى عليه فلا يلى غيره (يصير مأذوناً بإذن الأب و الجد و الوصى دون غيرهم) من الأقارب كالإبن للمعتوه و الأخ و العم دون القاضى فان له ولاية على إذن المعتوه (على ما بيناه) أشار به إلى قوله و ذكر الولى فى الكتاب ينتظم الأب و الجد إلى آخره (و حكمه حكم الصبى) أى حكم المعتوه كحكم الصبى إذا بلغ معتوها كما ذكرنا فوائد: موت الأب أو وصيه حجر على الصبى كذا فى شرح الكافى و لو كان القاضى أذن للصبى أو للمعتوه فى التجارة ثم عزل القاضى أو مات فهما على إذنهما و قال خواهر زادهٌ فى مبسوطه إذا كان للصبى أو المعتوه أب أو وصى أو جد أبو الأب فرأى القاضى أن يأذن للصبى أو للمعتوه فى التجارة فأذن له و أبى أبوه فإذنه جائز و إن كانت ولاية القاضى على الصغير مؤخرة عن ولاية الأب و الوصى و ذلك لأن الأب بالاباء يصير عاضلا له فتنتقل الولاية إلى القاضى كالولى فى باب النكاح إذا عضل انتقلت الولاية إلى القاضى فان حجر عليه أحد من هؤلاء بعد ذلك فحجره باطل و إن حجر عليه هذا القاضى بعد ما عزل لا يعمل لعدم ولاية القضاء و إن حجر القاضى أو الذى قام مقامه عمل حجره والله أعلم بالصواب.

(كتاب الغصب)

إيراده عقيب كتاب المأذون لكونه من أنواع التجارة فى المستقبل ألا ترى أن إقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب و لم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثانى فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً قيل وجه المناسبة التقابل لأن المأذون يتصرف بالاذن الشرعى و الغاصب بخلافه فلذلك قدم كتاب المأذون عليه لأنه مشروع دون الغصب (الغصب فى اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلّب) أى أخذ الشيء ظلماً و قهراً تقول غصبته منه و غصبته عليه بمعنى قهرته و الشيء غصب و مغصوب قلت قولهم شيء غصب تسمية بالمصدر فهذا الذى ذكره يتناول متقوما و غير متقوم يقال غصب زوجة فلان و خمر فلان (للاستعمال فيه) أى لاستعمال لفظ الغصب فى أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب

بين أهل اللغة و في الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده

(بين أهل اللغة و فى الشريعة أخذ (١) مال) أى الغصب فى اصطلاح الشريعة أخذ مال و هذا بمنزلة الجنس للحد و قيوده الباقية كالفصل لأنه يتناول المحدود وغيره و قوله (متقوم) (٢) احتراز عن الخمر (٣) و قوله (محترم) احتراز (٤) عن مال الحربي فإنه غير محترم و قوله (بغير إذن المالك) احتراز عما إذا أخذه باذن مالكه فانه لا يسمى غصباً و قوله (على وجه يزيل (٥) يده) أى يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا لأن الشرط (٦) عندنا إزالة اليد المحقة

(١)أخذ مال الخ. فلا يتحقق الغصب فى ميتة و حر و كذا فى كف من تراب و قطرة مآء و منفعة فلو منع صاحب الماشية من نفعها فهلكت لم يضمن قهستانى عن النهاية قال الرحمتى و المراد بالميتة أى حتف أنفها من غير السمك و الجراد أما المنخنقة و ما فى حكمها فهى من غير المتقوم و أما السمك و الجراد فهو مال يتحقق فيه الغصب اه كذا في رد المحتار مع الدر المختار. (٢)متقوم هو بكسر الواو حيث ورد لأنه اسم فاعل و لا يصح الفتح على أن يكون اسم مفعول فانه مأخوذ من تقوم و هو قاصر و اسم المفعول لا يبنى إلا من متعد رحمتى عن شرح المنهاج للدميرى و فسره القهستانى بمباح الانتفاع شرعا قال و هو إحتراز عن الخمر و الخنزير و المعازف عندهما اه وَ كأنه لم يفسره بما له قيمة لئلا يتكرر مع قوله مال لكن يخرج عنه خمر الذمى مع أن الغصب يجرى فى مال الكافر لا محالة كما فى العزمية فالأولى تفسيره بما له قيمة شرعا و هو أخص من قوله مال فيكون فصلا فلا يتكرر كذا فى الشامية. (٣)الخمر أى خمر مسلم قال فى المجتبى غصب من مسلم خمرا فعليه ضمان الرد و إن لم يكن عليه ضمان القيمة اه كذا فى الشامية. (٤)احتراز عن مال الحربى يعنى فى دارالحرب شرنبلالية كذا فى الشامية. (٥)يزيل يده. فان قيل وجد الضمان فى مواضع و لم يتحقق إزالة اليد كغاصب الغاصب فانه يضمن و إن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب و الملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد مع أنه لم يزل يدا و تضمن الأموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر فى غير الملك و ليس ثمة إزالة يد أحد و لا إثباتها فالجواب أن الضمان فى هذه المسائل لا من حيث تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدى كما فى العناية و قال الديرىّ فى التكملة و قد يدخل فى حكم الغصب ما ليس بغصب إن ساواه فى حكمه كجحود الوديعة لأنه لم يوجد الأخذ و لا النقل اه كذا فى الشامية. (٦)لأن الشرط عندنا إزالة اليد المحقة الخ. و النسبة بين إزالة اليد و إثباتها بالعموم و الخصوص الوجهى فيجتمعان فى أخذ شيء من يد مالكه بلا رضاه و ينفرد الأول فى تبغيد المالك و الثانى فى زوائد المغصوب أفاده أبو السعودّ و فى القهستانى الأصل إزالة اليد المحقة لا إثبات المبطلة و لهذا لو كان فى يد انسان درة فضرب على يده فوقعت فى البحر يضمن و إن فقد إثبات اليد و لو تلف ثمر بستان مغصوب لم يضمن و إن وجد الاثبات لعدم إزالة اليد اه و هذا منطبق على قول محمد رحمه الله تعالى كما يأتى فانه صريح فى أن الغصب هو الازالة فقط و هو خلاف كلام غيره من أنه لا بد من الازالة و الاثبات معا لكن قال بعده و ذكر الزاهدىّ أنه على ضربين ما هو موجب للضمان فيشترط له إزالة اليد و ما هو موجب للرد فيشترط له إثبات اليد اه أى كغصب العقار فانه موجب للرد دون الضمان عندهما قال أبو السعودّ و به يحصل التوفيق فى كلامهم اه تأمل كذا فى الشامية. و فيه أيضا و اعتبر محمد رحمه الله تعالى إزالة اليد المحقة فى غصب المنقول و فى غيره يقيم الاستيلاء مقام الازالة كما حققه فى النهاية و لذا ضمن العقار و إن لم تتحقق فيه الازالة.

**حتى كان استخدام العبد و حمل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم و المغرم**

---

و إثبات اليد المبطلة و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى يكفى فيه اثبات اليد المبطلة و على هذا تخرج المسائل على ما نذكرها إن شاء الله تعالى غير أن إزالة اليد المحقة بالنقل و التحويل و عندهم اثبات اليد فى المنقول بالنقل إلا فى الدابة فيكفى فيها الركوب و فى الفرس الجلوس عليه و فى العقار الغصب يتحقق بالدخول و إزعاج المالك حتى لو أزعج و لم يدخل لم يضمن و لو دخل و لم يزعج و لم يقصد الاستيلاء لم يضمن و الضعيف إذا دخل دار القوى و هو فيها و قصد الاستيلاء لم يضمن كذا فى الوجيز و شرحه و قال الناطفيّ فى كتاب الاجناس الغصب عبارة عن إيقاع فعل فيما يمكن نقله بغير إذن مالكه على وجه يتعلق به الضمان يدلك عليه من منع رجلا من دخول داره و لم يمكنه من أخذ ماله لم يكن غاصباً بذلك لعدم المعنى الذى ذكرناه و إن كان حال بينه و بين ماله أو نقل ماله عن موضعه صار غاصباً(حتى كان استخدام (١) العبد) هذه إشارة إلى بيان مظهر فائدة التعريف الذى عرف الغصب به أى حتى يكون على ما ذكرنا استخدام العبد (و حمل (٢) الدابة غصباً) لأن فيه إزالة يد الملك (دون الجلوس على البساط) يعنى لا يكون غصباً لعدم إزالة يد المالك و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى يكون هذا غصباً على ما ذكرنا من الاصل و كذا تظهر ثمرة الاختلاف بيننا و بينهم فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة و ثمرة البستان فانها ليست بمضونة عندنا لعدم إزالة اليد و عندهم مضمونة لاثبات اليد و كذا لو غصب حماراً و ساقه فتأخر عنها جحشه فأكله الذئب لا يضمن عندنا إن لم يسق الجحش معه و كذا لو حبس المالك عن المواشى حتى ضاعت لم يضمن عندنا و عند الشافعى رحمه الله تعالى أيضاً و لكن ذكر فى فتاوى قاضى خان مسألة تخالف هذا الأصل فإنه قال لو غصب عجولاً فاستهلكه حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخيّ يضمن قيمة العجول و نقصان الأم و إن لم يفعل فى الأم شيئا (ثم إن كان) أى الغصب (مع العلم) بأنه ملك المغصوب منه (فحكمه (٣) المأثم) أى الاثم فى الآخرة (و المغرم) أى الغرامة فى

---

(١)إستخدام العبد أى و لو مشتركا كما فى القهستاني و هذا لو استعمله لنفسه فلو لغيره أى فى عمل غيره لا ضمان و هذا أيضا إذا خدمه عقب الاستخدام و إلا لا ضمان كذا فى الشامية. (٢)و حمل الدابة أى و لو مشتركة و كذا ركوبها فيضمن نصيب صاحبها و لو ركب فنزل و تركها فى مكانها لم يضمن لأن الغصب لم يتحقق بدون النقل كما فى المحيط و ينبغى أن يكون الاستخدام كذلك قهستانى لكن إذا تلفت بنفس الحمل و الركوب يضمن و إن لم يحولها لوجود الاتلاف بفعله و كذا يضمن ببيع حصته من الدابة المشتركة و تسليمها للمشترى بغير إذن شريكه كما فى فتاوى قارىء الهداية أبو السعود كذا فى رد المحتار. (٣)فحكمه المأثم الخ. أقول هذا إنما =>

و إن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده و لا إثم لأن الخطأ موضوع قال و من غصب شيئاً له مثل كالمكيل و الموزون فهلك في يده فعليه مثله و في بعض النسخ فعليه ضمان مثله و لا تفاوت بينهما و هذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ و لأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس و المالية

الدنيا و هذا بالكتاب قال الله تعالى ﴿و لا (١) تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ و غير ذلك من الآيات و بالسنة قال عليه الصلاة و السلام من اقتطع شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين رواه (٢) البخاريّ و مسلمّ و عليه إجماع العلماء (و إن كان بدونه) أى بدون العلم بأن ظن أن المأخوذ ماله أو اشترى عيناً ثم ظهر استحقاقه (فالضمان) أى فحكمه الضمان (لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده) و كذا إذا كان الآخذ معذوراً لجهله و عدم قصده (و لا إثم لأن الخطأ موضوع) لقوله عليه الصلاة و السلام رفع (٣) عن أمتى الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه (قال) أى القدوريّ (و من غصب شيئاً ) له مثل كالمكيل و الموزنون فهلك في يده فعليه مثله) أى مثل الذى غصبه و أراد بالمكيل مثل الحنطة و الشعير و نحوهما و بالموزون مثل الدراهم و الدنانير و لكن يشترط أن لا يكون الموزون مما يضر بالتبعيض يعنى غير المصوغ منه لأن الوزنى الذى فى تبعيضه مضرة ملحق بذوات القيم (و فى بعض النسخ) أى نسخ القدورى (فعليه ضمان مثله و لا تفاوت بينهما) أى بين النسختين أو الكلامين (و هذا) أى عدم التفاوت (لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ﴿فمن (٤) اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾) سمى الفعل الثانى إعتداء بطريق المقابلة مجازا كما قال تعالى و جزاء (٥) سيئة سيئة مثلها و المجازاة لا تكون سيئة و المثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثل صورة و معنى (و لأن المثل أعدل) أى و لأن المثل صورة و معنى أقرب إلى العدل (لما فيه) أى فى المثل (من مراعاة الجنس) لأن الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً (و المالية) لأن مالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة

=> يتم فيما إذا هلك المغصوب فى يد الغاصب و أما إذا كان قائما فى يده فحكمه رد العين كما سيأتى فى الكتاب كذا فى الأفكار. (١)و لا تأكلوا الآية. البقرة: ١٨٨. (٢)رواه البخاريّ فى المظالم و القصاص باب إثم من ظلم شيئا من الأرض ص٣٣١ ج١ و فى بدء الخلق باب ما جآء فى سبع أرضين ص٤٥٣ ج١ و مسلمّ فى المساقاة باب تحريم الظلم و غصب الأرض و غيرها ص٣٢ ج٢ و اللفظ له. (٣)رفع عن أمتى الخ. راجع لتحقيق هذا الحديث نصب الراية ص٦٤ ج٢ و التلخيص ص٢٨٢ ج١ و البناية ص٤٦٥ ج٢. و معنى رفع الخطأ رفع مأثم الخطأ و قد قال الله تعالى ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به و لكن ما تعمدت قلوبكم (الأحزاب:٥) كذا فى الكفاية. (٤)فمن اعتدى الآية. البقرة: ١٩٤. (٥)و جزاء الآية. الشورى: ٤٠

**فكان أدفع للضرر قال فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يوم الغصب و قال محمد رحمه الله تعالى يوم الانقطاع**

---

لأن الجودة ساقطة العبرة في الربويات (فكان أدفع للضرر) أي فكان المثل أشد دفعاً للضرر عن المغصوب منه لأن الغاصب فوت عليه الصورة و المعنى فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة و معنى (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فإن لم يقدر على مثله) أي فإن لم يقدر الغاصب على مثل الذي غصبه بأن انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل (فعليه قيمته يوم يختصمون) أي يوم (١) الخصومة (و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أي وجوب القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به (٢) قال أكثر أصحاب الشافعي و مالك رحمهم الله تعالى و لم يذكر في الجامع الصغير خلافاً لأن صورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى قال كل شيء غصب مما يكال أو يوزن فلم يقدر على مثله فخوصم فيه فعليه قيمته يوم يختصمون و إن كان مما لا يكال و لا يوزن فعليه قيمته يوم غصبه و لم يذكر الخلاف فيه كما ترى فعلم بهذا أن المثلي إذا انقطع تجب على الغاصب القيمة يوم الخصومة باتفاق علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى في ظاهر الرواية و بهذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن عليه قيمته يوم الغصب و روى عن محمد رحمه الله تعالى أن عليه قيمته يوم الانقطاع و هو مذهب زفر رحمه الله تعالى و إن كان الشيء مما لا يكال و لا يوزن فعليه قيمته يوم الغصب في قول علمائنا و في قول الشافعي رحمه الله تعالى عليه أكثر القيمتين يوم الغصب و يوم الهلاك لأن من أصله أن زيادة الغصب مضمونة انتهى و الاختلاف مذكور في النوادر كذا قال فخر الإسلامؒ في شرح الجامع الصغير (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يوم الغصب) أي عليه قيمته يوم الغصب (و قال (٣) محمد رحمه الله تعالى يوم الانقطاع) أي عليه قيمته يوم الانقطاع مثله

---

(١)يوم الخصومة أي المعتبرة و هي ما تكون عند القاضي كذا في الشامية. (٢)و به قال اكثر أصحاب الشافعي و مالك رحمهم الله تعالى كذا في المغني لابن قدامة الحنبليؒ ص ٤٢١ ج٥. (٣)قال محمد رحمه الله تعالى الخ. و في الشامية: رجح قول الامامؒ ضمنا لمشي المتون عليه صريحا قال القهستانيؒ و هو الأصح كما في الخزانة و هو الصحيح كما في التحفة و قول أبي يوسفؒ أعدل الاقوال كما قال المصنفؒ و هو المختار على ما قال صاحب النهايةؒ و على قول محمدؒ الفتوى كما في ذخيرة الفتاوى و به أفتي كثير من المشايخ رحمهم الله تعالى و في الهندية: و كثير من المشايخ رحمهم الله تعالى كانوا يفتون بقول محمدؒ و به كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة و الصدر الشهيد حسام الدين رحمهما الله تعالى و بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أفتوا بقول أبي يوسفؒ كذا في الكفاية في آخر كتاب الصرف اه.

لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو

عن أيدي الناس و به (١) قال أحمد و بعض أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر البلخي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه و إن كان يوجد في البيوت و على هذا انقطاع الدراهم قال الأترازي رحمه الله تعالى و لكن الأصح أن يكون الشيء بحيث يوجد في زمان خاص فمضى زمانه كالرطب مثلا و الدليل على هذا ما ذكره الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره و غصب ما يوجد في زمان دون زمان فإذا غصبه غاصب ثم اختصما في حال انقطاعه و عدمه فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون و قال يعقوب يوم غصبه و قال محمد رحمه الله تعالى يحكم بقيمته عند آخر انقطاعه و يدل عليه أيضاً ما ذكره في شرح الطحاوي قال و من أتلف شيئاً لرجل مما له مثل من جنسه ثم انقطع ذلك عن أيدي الناس و صار مثله غير موجود بثمن غال و لا بثمن رخيص فصاحب المال بالخيار إن شاء انتظر إلى وجود مثله فيأخذ المثل و إن شاء لم يتربص و يأخذ القيمة واختلفوا فيه على ثلاثة أقوال قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر قيمته يوم الخصومة و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يضمن قيمته يوم الاستهلاك أو وقت الغصب و قال محمد رحمه الله تعالى يغرم قيمته آخر ما كان موجوداً و به أخذ الطحاوي إلى هذا لفظ الاسبيجابي و في الجواهر للمالكية ليس له إلا مثله و يصبر حتى يوجد قاله ابن القاسم و قال أشهب المالك بالخيار إن شاء صبر و إن شاء أخذ القيمة و في كتاب التفريع لهم و من غصب أرضاً أو حيواناً فتلف عنده ضمن قيمته يوم غصبه لا يوم تلف و لا اكثر القيمتين و من غصب شيئاً من المثليات و الموزونات فتلف عنده وجب عليه رد مثله و لا تلزمه قيمته يوم غصبه (لأبي يوسف رحمه الله تعالى) إنما (٢) قدم قوله في التعليل باعتبار ترتيب الأوقات فإن أول الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة و إيراد الأقوال على هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف رحمه الله تعالى (أنه) أي أن ما له مثل (لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب) أي سبب الضمان و هو يوم الغصب (إذ هو

(١) و به قال احمد كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٤٢١ ج٥. (٢) إنما قدم الخ. كذا في النهاية و معراج الدراية و العناية لكن فيه نظر لأن إثبات تلك الأقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلا فتغيير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الأمر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرفيع فالوجه عندي أن المصنف جرى ههنا أيضا على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالاقوى عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمتقدم كما حصل ههنا أيضا ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق كذا في الأفكار.

الموجب و لمحمد رحمه الله تعالى أن الواجب المثل فى الذمة و إنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع و لهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك و إنما ينتقل بقضاء القاضى فيعتبر قيمته يوم الخصومة و القضاء بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال و ما لا مثل له فعليه

---

الموجب) أى لأن الغصب هو الموجب للأصل و الخلف يجب بالسبب الذى يجب به الأصل فيعتبر قيمته يوم الغصب (و لمحمد رحمه الله تعالى أن الواجب المثل فى الذمة) بالنص الذى ذكرناه (و إنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع) عن أيدى الناس (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن النقل) من الواجب الأصلى (لا يثبت بمجرد الانقطاع) إذ النقل باعتبار العجز عن الأصل (و لهذا) أى و لأجل عدم ثبوت النقل بمجرد الانقطاع (لو صبر) أى المغصوب منه (إلى أن يوجد جنسه له ذلك) لأن حقه فى مثله من جنسه حتى لو أتى الغاصب بالقيمة لا يجبر على القبول و لو كان انتقل إليها يجبر كما فى غير المثل و كما إذا قضى القاضى بالقيمة (و إنما ينتقل) أى المثل إلى القيمة (بقضاء القاضى فيعتبر قيمته يوم الخصومة و القضاء) لأنه زمان النقل كما فى ولد المغرور بمنزلة العبد فى حق المستحق فاذا خاصمه المستحق صار المغرور مانعاً له باعتبار حقه فى الحرية فاعتبر الحق منتقلا عن العين إلى القيمة يوم الخصومة فكذا هذا (بخلاف ما لا مثل له) حيث تجب القيمة يوم الغصب (لأنه) أى لأن الغاصب (مطالب بالقيمة بأصل السبب) أى سبب الضمان و هو الغصب (كما وجد) أى أصل السبب (فيعتبر قيمته عند ذلك) أى عند وجود أصل السبب (قال) أى القدورىّ فى مختصره (و ما (١) لا مثل له فعليه

---

(١) و ما لا مثل له الخ. و فى الهندية: ذكر صدر الاسلام أبو اليسرّ فى شرح كاب الغصب ليس كل مكيل مثليا و لا كل موزون و انما المثلى من المكيلات و الموزونات ما هو متقارب و أما ما هو متفاوت فليس بمثلى ذكر صاحب المحيطّ فى شرح الجامع الصغير العدديات المتقاربة كلها من ذوات الامثال كيلا و عددا و وزنا و المتفاوتة كلها من ذوات القيم و ما تتفاوت آحاده فى القيمة فهو عددى متفاوت و ما لا تتفاوت آحاده و انما تتفاوت أنواعه كالباذنجان فهو متقارب مثلى فعلى قياس هذا ينبغى أن يكون البصل و الثوم مثليين و صغير البيض و كبيره سواء بعد أن يكون من جنس واحد ذكر شيخ الاسلام الاسبيجابىّ فى شرحه الصحيح أن النحاس و الصفر مثليان و المشمش و الخوخ كلها من ذوات الأمثال لأنها عددى متقارب كذا فى الفصول العمادية العنب جنس واحد و ان اختلفت أنواعه و ألوانه و كذا الزبيب كذا فى فتاوى قاضيخان فى باب الربا ذكر فى السير الكبير من أتلف على آخر جبنه فعليه قيمته و لم يجعل الجبن مثليا مع أنه موزون لأنه متفاوت فى نفسه تفاوتا فاحشا و ان اعتبر مثليا فى حق جواز السلم كذا فى الذخيرة. و الشحم مثلى و الفحم مثلى و التراب من ذوات القيم و الغزل مثلى و كذا المصبوغ منه كذا فى القنية. فى الفتاوى الخل و العصير مثليان و كذا الدقيق و النخالة و الجص و النورة و =>

قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة

قيمته يوم (١) غصبه) أى يوم غصب الغاصب و قد أضيف يوم ههنا إلى الجملة كما فى قوله تعالى ﴿يوم ينفع الصادقين صدقهم﴾ و يجوز يوم غصبه بإضافة يوم إلى المصدر المضاف إلى فاعله أو مفعوله فافهم (معناه) أى معنى قول القدورىؒ ما لا مثل له (العدديات المتفاوتة) كالبطيخ و الرمان و السفرجل و الثياب و الدواب و قال الاترازىؒ هذا تفسير عجيب من صاحب الهدايةؒ لأنه تفسير الكلى بالجزئى لأن ما لا مثل له يشمل الحيوانات و الذرعيات و العددى المتفاوت كالبطيخ و الرمان و الوزنى الذى فى تبعيضه مضرة و هو المصوغ منه قلت هذا تفسير جيد لأن معنى قول القدورىؒ ما لا مثل له أى الشيء الذى لا يضمن بمثله من جنسه لأن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى و ذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الثياب و الدواب كذا ذكرنا و أما العددى المتقارب كالجوز و البيض و الفلوس فهو كالمكيل و به قال مالك رحمه الله تعالى و فى الكافى و

=> القطن و غزله و الصوف و غزله و التبن بجميع أنواعه و الكتان و الابريسم و الرصاص و الشبه و الحديد و الحناء و الوسمة و الرياحين اليابسة كلها مثلى و الجمد مثلى فى فتاوى رشيد الدينؒ و فى موضع آخر أنه قيمى و فى فوائد صاحب المحيط أن الماء من ذوات القيم عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى و الكاغذ مثلى و الرمان و السفرجل و القثاء و البطيخ كلها مما يتفاوت احاده فيكون من ذوات القيم و الصابون و السكنجبين و الكاشكر من ذوات القيم و فى فتاوى رشيد الدينؒ كل موزونين إذا اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما يخرج كل واحد من أن يكون مثليا و يكون من ذوات القيم و انما يكون كذلك لأن فى الآخر ربما يكون الدهن أكثر والخل ربما يكون فى هذا أقل منه فى ذلك حتى لو كانا على السواء بأن اتخذا أعنى الصابونين من دهن واحد يضمن مثله و السرقين من ذوات القيم و الحطب و أوراق الأشجار كلها من ذوات القيم و البسط و الحصير و البوارى و أمثالها من ذوات القيم و كذا الأدم و الصرم و الجلود كلها قيمى كالثياب و الابرة من ذوات القيم لانه يتفاوت فى الطبخ و الرياحين الرطبة و البقول و القصب و الخشب من ذوات القيم و اللبن من ذوات الأمثال و أما الهدبد و هو بالفارسية (جفرات) ينبغى أن يكون من ذوات القيم لأنه يتفاوت فى الطبخ و الحموضة و فى بيوع فتاوى القاضى ظهير الدين اللحم مضمون بالقيمة فى ضمان العدوان إذا كان مطبوخا بالاجماع و إن كان نيأ فكذلك هو الصحيح كذا فى الفصول العمادية و اللحم المطبوخ و الشحم و الالية و الصقراط قيمية كذا فى القنية و فى البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له كذا فى الهداية و ذكر قاضيخانؒ فى أول بيوع شرح الجامع الصغير أن الخبز من ذوات القيم فى ظاهر الرواية كذا فى الفصول العمادية قال رضى الله تعالى عنه الفليق المشمس إذا بلغ تشخيصها غايته مثلى و قبلها قيمى كذا فى القنية و فى كون الآجر واللبن مثليا روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى كذا فى القنية (١)يوم غصبه. أقول هذا فى الهلاك كما هو فرض المسئلة قال القهستانىؒ أما إذا استهلكت فكذلك عنده و عندهما يوم الاستهلاك اه و فى جامع الفصولين غصب شاة فسمنت ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم غصب لا يوم ذبحه عنده و عندهما يوم ذبحه و لو تلفت بلا إهلاكه ضمن قيمتها يوم غصب اه كذا فى الشامية.

لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعاً للضرر بقدر الامكان أما العددى المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت و في البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له قال و على الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائماً لقوله عليه الصلاة و السلام على اليد ما أخذت حتى ترد

---

قال مالك رحمه الله تعالى في العدديات المتقاربة يضمن مثله صورة من جنس ذلك و لكن ذكر في الجواهر للمالكية و كذا العددى الذى يستوى آحاد جملته في الصفة غالباً كالبيض و الجوز و نحوه و هذا يدل على أن قوله في العدديات المتقاربة كقولنا و قال زفر رحمه الله تعالى في العدديات المتقاربة يجب القيمة أيضاً و في المبسوط في العدديات المتقاربة كالثياب و الدواب يجب القيمة و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و أكثر الفقهاء رحمهم الله تعالى و قال أهل المدينة يجب المثل و به قال أصحاب الظاهر لكن قالوا إذا لم يوجد مثله يصبر حتى يوجد أو يأخذ القيمة (لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها) و هي القيمة (دفعاً للضرر بقدر الإمكان) و ذلك لأن قيمة الشيء معنى ذلك الشيء و المعنى هو الاصل و الصورة تابعة و إذا تعذر اعتبار الصورة للتفاوت فيها اعتبر المعنى دفعاً للضرر بقدر الامكان و قال أهل المدينة الواجب هنا المثل و قد مر بيانه و قال بعضهم إذا لم يمكن رد عينه يجب نظيره ذاتا و صفة و هو مذهب ابن سيرين رحمه الله تعالى كذا في شرح الكافي (أما العددى المتقارب) و هو ما يتقارب آحاده في المالية كالجوز و البيض و نحو ذلك (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) في المالية هذا مذهب أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و عند زفر رحمه الله تعالى تجب القيمة لأنها ليست بأمثال متساوية و لهذا يجرى فيها الربا و هذا فرع على جواز السلم فيها و قد مر في البيوع قيل و إنما اقتصر على المكيل و لم يقل و الموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل و هو الذى في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم و الطشت و ليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى بقوله (و في البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له) لتعذر اعتبار المماثلة فيصار إلى القيمة دفعاً للضرر (قال و على الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام (١) قائماً) أى ما دام المغصوب قائماً يعني ما دامت عينه موجودة و هذا لا خلاف فيه (لقوله عليه الصلاة و السلام) أى لقول النبي ﷺ (على اليد ما أخذت حتى ترد) هذا الحديث أخرجه

---

(١) ما دام قائما. قيد به لأنه لو فوّت بعض العين و بعض نفعه فحينئذ يتسلم الغاصب العين و يدفع قيمتها أو يدفعها و يضمن نقصانها و الخيار في ذلك للمالك رحمتي كذا في الشامية.

و قال عليه الصلاة و السلام لا يحل لأحد أن يأخذ متا ع أخيه لاعباً و لا جاداً فإن أخذه فليرده عليه

أصحاب السنن الاربعة رحمهم الله تعالى عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ على اليد ما أخذت حتى تؤدى ثم إن الحسنؒ نسى فقال هو أمينك لا ضمان عليه قال الترمذىؒ حديث حسن أخرجه (١) أبو داودؒ و الترمذىؒ فى البيوع و النسائىؒ فى العارية و ابن ماجةؒ فى الأحكام و ليس فى حديثه قصة و رواه (٢) أحمد رحمه الله تعالى فى مسنده و الطبرانىؒ فى معجمه و الحاكمؒ فى المستدرك فى البيوع و قال حديث صحيح على شرط البخارىؒ و تعقبه الشيخ تقى الدينؒ فى الامام فقال و ليس كما قال بل هو على شرط الترمذىؒ و قال الحافظ المنذرىؒ و قول الترمذىؒ فيه حديث حسن يدل على أنه يثبت سماع الحسنؒ عن سمرة رضى الله تعالى عنه و رواه ابن أبى شيبةؒ فى مصنفه فى البيوع و قال فيه حتى تؤديه بالهاء قال ابن القطانؒ فى كتابه و هو بزيادة الهاء موجب لرد العين ما كانت قائمة و قال ابن طاهرؒ فى كلامه على أحاديث الشهاب إسناده حسن متصل و إنما لم يخرجاه فى الصحيح لما ذكر أن الحسنؒ لم يسمع من سمرة رضى الله تعالى إلا حديث العقيقة والله أعلم (و قال عليه الصلاة و السلام) أى قال رسول الله ﷺ (لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً و لا جاداً فان أخذه فليرده عليه) هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة رضى الله تعالى عنهم أحدهما يزيدبن السائب رضى الله تعالى عنه أخرج (٣) حديثه أبو داودؒ فى كتاب الادب فى باب المزاح و الترمذىؒ فى أول الفتن عن ابن أبى ذئب عن عبدالله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده يزيد بن السائب رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً و لا لاعباً و إذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها إليه قال الترمذىؒ حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبى ذئب و السائب بن يزيد رضى الله تعالى عنه له صحبة و قد سمع من النبى ﷺ و هو غلام و قبض النبى ﷺ و السائب ابن سبع سنين

(١)أخرجه ابو داودؒ فى البيوع باب فى تضمين العارية ص١٤٥ ج٢ و الترمذىؒ فيه باب ما جآء أن العارية مؤداة ص١٥٢ ج١ و النسائىؒ في الكبرى فى العارية (باب فى) المنيحة ص٤١١ ج٣ و ابن ماجةؒ فى الصدقات باب العاريةص١٧٥. (٢)رواه احمدؒ الخ. كذا فى نصب الرايةص١٦٧ ج٤. (٣)أخرج حديثه ابو داودؒ فى الادب باب من يأخذ الشىء من مزاح ص٣٣٥ ج٢ و الترمذىؒ فى الفتن باب ما جآء لا يحل لمسلم أن يروع مسلما ص٣٨ ج٢. أقول و فى الباب عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال غلبت زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه عيناه ليلة الخندق فجآء عمارة بن حزم فأخذ سلاحه فقال له رسول الله ﷺ يا أبا رقاد! نمت حتى ذهب سلاحك ثم قال ﷺ من له علم بسلاح هذا الغلام؟ فقال عمارة أنا أخذته قال فرده ثم نهى رسول الله ﷺ أن يروع المؤمن و أن يؤخذ متاعه لاعبا أو جادا أخرجه الحاكمؒ و فى إسناده الواقدى كذا فى الدراية قلت الواقدى مختلف فى الاحتجاج به و الاختلاف غير مضر ثم هو شاهد لرواية يزيد رضى الله تعالى عنه كذا فى الاعلاء.

لأن اليد حق مقصود و قد فوّتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه و هو الموجب الأصلي على ما قالوا و رد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين و المالية و قيل الموجب الأصلي القيمة و رد العين مخلص و يظهر ذلك في بعض الأحكام

---

و أبوه يزيد بن السائب رضي الله تعالى عنه هو من أصحاب النبي ﷺ و قد روى عن النبي ﷺ أحاديث و رواه (١) أحمد و ابن أبي شيبة و اسحاق بن راهويه و أبو داود الطيالسي في مسانيدهم و البخاري في كتابه المفرد في الأدب و الحاكم في المستدرك في الفضائل و سكت عنه و وقع في رواية لاعباً جاداً بدون حرف العطف و حرف النفي و معنى قوله لاعباً لا يريد بأخذه سرقته و لكن يريد إدخال الغيظ على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في إدخال الأذى عليه أو قاصد للعب و هو يريد أنه يجد في ذلك ليغيظه و قال الخطابي في شرح السنن قوله لاعباً جاداً هو أن يأخذه على سبيل الهزل ثم يحبسه و لا يرده فيكون ذلك جدا (و لأن اليد حق مقصود) لأن المالك يتوصل باليد إلى التصرف و الانتفاع و في المبسوط و الضمان في المدبر ليس إلا لتفويت اليد فعلم أن اليد حق مقصود قيل بدليل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا حكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما إذا كان مديوناً فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم أن اليد حق مقصود (و قد فوّتها عليه) أي و قد فوّت الغاصب اليد على المالك (فيجب إعادتها) أي إعادة اليد (بالرد إليه) أي إلى صاحب اليد (و هو) أي رد العين (الموجب الأصلي على ما قالوا) أي المشايخ رحمهم الله تعالى (و رد القيمة) أي إلى صاحب اليد (مخلص) أي موضع للخلاص و يجوز أن يكون مصدراً ميميا أي خلاص الغاصب عن يد المغصوب منه (خلفاً) أي حال كون القيمة خلفاً عن العين (لأنه) أي لأن رد القيمة (قاصر إذ الكمال في رد العين و المالية) أراد أن الكمال في رد الصورة و المعنى (و قيل الموجب الأصلي القيمة و رد العين مخلص) و هذا القول عكس القول الأول و الأول (٢) أصح لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة و رد العين مخلصاً عنه كان للغاصب أن يقول خذ قيمة هذا المغصوب و هو حقك الذي وجب إصالة و هذا خلاف ما يقتضيه الكتاب لأنه أكل مال الغير بالباطل لأن المالك لم يرض إلا بعين حقه قال الله تعالى ﴿و لا تأكلوا (٣) أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ (و يظهر ذلك) أي كون الموجب الأصلي القيمة و رد العين مخلصاً (في بعض الأحكام) منها ما إذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ

---

(١) رواه احمد الخ. كذا في نصب الراية ص١٦٨ ج٤. (٢) و الأول أصح الخ. و أفاد القهستاني ضعف الأول و أن الجمهور ذهبوا إلى الثاني و عزاه إلى رهن الهداية و الكافي كذا في رد المحتار. (٣) و لا تأكلوا الآية. النسآء: ٢٩.

و الواجب الرد فى المكان الذى غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لاظهرها أو تقوم بينة ثم قضى عليه ببدلها لأن الواجب رد العين و الهلاك بعارض فهو يدعي أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله

---

حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه و لو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب فى الحال ثابتا لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح و منها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين و منها وجوب الزكاة فان الغاصب إذا كان له نصاب فى ملكه و قد غصب شيئاً و هو قائم فى يده لا يجب عليه الزكاة إذا انتقض النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب و الجواب عن مسألة الإبراء إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود فى الحال و القيمة كذلك فكان الإبراء صحيحاً من ذلك الوجه و عن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة و المغصوب منها ألا ترى إلى ما قاله شمس الأئمة البيهقىؒ فى كفايته رجل قال لآخر غصبنى فلان عبداً فقال أنا ضامن العبد الذى تدعيه فهو ضامن للعبد فان مات أو استحقه آخر فهو ضامن بقيمته و عن مسألة الزكاة بما ذكرناه فى مسألة الإبراء (و الواجب الرد) أى رد المثل و القيمة للعين المغصوبة إلى مالكها (فى المكان الذى غصبه لتفاوت (١) القيم بتفاوت الأماكن) و كذا تفاوت المثل بتفاوت الأماكن و لو ذكره المصنفؒ لكان أحسن و أكثر فائدة (فإن ادعى هلاكها) أى فإن ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة (حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها أو تقوم بينة) و مقدار الحبس مفوض إلى رأى الحاكم (ثم قضى عليه) أى قضى الحاكم على الغاصب (ببدلها) البدل يشمل المثل و القيمة (لأن الواجب رد العين و الهلاك بعارض) أى هلاك العين المغصوبة يكون بأمر عارض (فهو) أى الغاصب (يدعي أمراً عارضاً خلاف الظاهر) لأن الظاهر بقاؤها (فلا يقبل قوله) أى قول الغاصب و فى المبسوط (٢) غصب جارية فغيبها فأقام المغصوب منه البينة أنه قد غصبها فإنه

---

(١)لتفاوت القيم الخ. فلو غصب دراهم أو دنانير فطالبه المالك فى بلدة أخرى عليه تسليمها و ليس للمالك طلب القيمة و إن اختلف السعر و لو غصب عينا فلو القيمة فى هذا المكان مثلها فى مكان الغصب أو اكثر فللمالك أخذ المغصوب لا القيمة و لو القيمة أقل أخذ القيمة على سعر مكان الغصب أو انتظر حتى يأخذه فى بلده و لو وجده فى بلد الغصب و انتقص السعر يأخذ العين لا القيمة يوم الغصب و إن كان هلك و هو مثلى و سعر المكانين واحد يبرأ برد المثل و لو سعر هذا المكان الذى التقيا فيه أقل أخذ المالك القيمة فى مكان الغصب وقت الغصب أو انتظر و لو القيمة فى هذا المكان أكثر أعطاه الغاصب مثله فى مكان الخصومة أو قيمته حيث غصب ما لم يرض المالك بالتاخير و لو القيمة فى المكانين سواء للمالك أن يطالبه بالمثل انتهى ما فى الخانية ملخصا.

(٢)المبسوط للسرخسىؒ ص٦٦ ج١١.

كما إذا ادعى الإفلاس و عليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله و هو القيمة قال و الغصب فيما ينقل و يحوّل لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل و إذا غصب عقاراً

---

يحبس حتى يجيء بها و يردها على صاحبها و كان أبو بكر الأعمش يقول تأويل هذه المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك لأن الثابت من إقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة فأما الشهادة على فعل الغصب لا تقبل مع جهالة المغصوب لأن المقصود إثبات الملك للمدعى فى المغصوب و لا يتمكن القاضى من القضاء بالمجهول و لا بد من الإشارة إلى ما هو المقصود بالدعوى فى الشهادة و لكن الأصح أن هذه الدعوى و الشهادة صحيحة لأجل الضرورة فيثبت غصبه بالبينة كثبوته بإقراره فيحبس و لو قال الغاصب قد ماتت أو قد بعتها و لا أقدر عليها تلوم القاضي في ذلك زمانا و مقدار التلوم مفوض إلى رأى القاضي و لو رضى المالك بالقضاء بالقيمة لا يتلوم و فى الذخيرة ذكر محمد فى السير أنه يقضى عليه من غير تلوم قيل فى المسألة روايتان و قيل لا لكن ما ذكر فى السير جواب الجواز معناه لو قضى من غير تلوم جاز و ما ذكر فى الأصل جواب الأفضل يعنى أن التلوم أفضل و قال الشافعي رحمه الله تعالى القول للغاصب مع يمينه و فى لزوم البدل وجهان أحدهما لا يلزمه حتى يصدقه المالك و الثانى يلزمه و هو الأصح و هذا بعد الحبس و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (كما إذا ادعى) أى رجل (الإفلاس و عليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه) من الإفلاس فكذا الغاصب إذا ادعى الهلاك يحبس إلى أن يعلم ما يدعيه من الهلاك (فاذا علم الهلاك سقط عنه رده) أى سقط عن الغاصب رد المغصوب عينه (فيلزمه رد بدله و هو القيمة) أو رد مثله إن كان المغصوب من ذوات الأمثال كما عرف قبل (قال) أى القدورى (و الغصب فيما ينقل و يحوّل) أى و الغصب يتحقق فيما ينقل و يحوّل فقوله و الغصب مبتدأ و قوله فيما ينقل خبره و قوله و يحول عطف عليه فان قلت النقل و التحويل واحد فما فائدة ذكرهما معاً قلت التحويل هو النقل من مكان و الاثبات فى مكان آخر كما فى حوالة الباذنجان و النقل يستعمل بدون الإثبات فى مكان آخر (لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه) أى فيما ينقل و يحوّل (دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل) أى لأن إزالة يد المالك لا يتحقق إلا بنقل المغصوب و لا نقل فى العقار و الغصب بدون الإزالة لا يتحقق (و إذا (١) غصب عقاراً) فى المغرب العقار

---

(١) و إذا غصب الخ. و فى الأفكار: أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو فى قوله و إذا غصب عقارا الخ لأن هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الأصل فينبغى أن يظهر علامة التفريع فى اللفظ كما وقع =>

فهلك في يده لم يضمنه و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يضمنه و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول و به قال الشافعي رحمه الله تعالى لتحقق إثبات اليد و من ضرورته زوال يد المالك لاستحالة إجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوصفان

الضيعة و قيل كل مال له أصل كالدار و الأرض و فى العباب العقار الأرض و الضياع و النخل و منه قولهم ما له دار و لا عقار (فهلك في يده) بأن غلب السيل على الأرض فبقيت تحت المآء أو غصب داراً فهدمت بآفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء (لم يضمنه) أى العقار (و هذا) أى عدم الضمان (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يضمنه و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول و به قال الشافعي) و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى الخلاف في الغصب لا في الإتلاف و صورة الخلاف ما ذكرناه و صورة الإتلاف بأن يهدم الحيطان أو غرقها أو كشط تراب الأرض أو ألقى الحجارة فيها أو نقص بغرسه أو بنائه فانه يضمنه بلا خلاف و قد اختلف عبارات مشايخنا في غصب الدور و العقار على مذهب أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب و لكن لا على وجه يوجب الضمان و إليه مال القدوري في قوله و إذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى لأنه أثبت الغصب و نفى الضمان و قال بعضهم لا يتحقق أصلاً و إليه مال أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى (لتحقق اثبات اليد) المبطلة بالسكنى و وضع الأمتعة و غير ذلك و هذا التعليل لقول محمد رحمه الله تعالى وحده لأن عند الشافعي رحمه الله تعالى يتحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك (و من ضرورته) أى و من ضرورة إثبات اليد المبطلة (زوال يد المالك لاستحالة إجتماع اليدين) أراد به المتمانعتين يد المالك و يد الغاصب لأن إحداهما موجبة للضمان و الأخرى ليست بموجبة بخلاف اجتماع اليدين الموافقتين فانه يجوز كالشريكين في عين واحدة من جنس واحد احترز به عما إذا آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة و في يد الآجر حكماً لكنهما يدان مختلفتان (على محل واحد في حالة واحدة) احترز به عما إذا كانا على محلين أو في حالتين فان هذا لا يكون غصباً (فتحقق الوصفان) و هما إزالة يد المالك و إثبات يد

=> في سائر الكتب فذكرت كلمة الفاء في عامتها و كلمة حتى في المحيط و العجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف بالواو في البداية و الهداية. ثم أقول المراد بالغصب في قوله و إذا غصب عقارا هو الغصب اللغوى دون الغصب الشرعي اهـ. و في السعدية أقول إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ.

و هو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول و جحود الوديعة و لهما أن الغصب إثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين و هذا لا يتصور فى العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها و هو فعل فيه لا فى العقار فصار كما إذا بعّد المالك عن المواشي و فى المنقول النقل فعل فيه و هو الغصب و مسألة الجحود ممنوعة

---

الغاصب (و هو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب دل عليه قوله فتحقق كما فى قوله تعالى ﴿إعدلوا هو أقرب للتقوى﴾ أى العدل أقرب للتقوى (على ما بيناه) يعنى عنده قوله على وجه يزيل يده (فصار كالمنقول) أى صار غصب العقار كغصب المنقول فى تحقق الوصفين (وجحود الوديعة) فى العقار فانه إذا كان وديعة فى يد شخص فجحده كان ضامناً بالاتفاق (و لهما) أى و لأبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل فى العين) أى بسبب فعل حاصل من الغاصب فى العين المغصوبة تقريره أن الغصب إثبات اليد بسبب إزالة يد المالك فيكون إزالة اليد أصلا و لهذا إذا تجردت الازالة عن الاثبات تصلح سببا للضمان كما إذا ضرب على يد انسان فوقعت درة من يده فى البحر أو ضرب على ظهره فطار طير كان على ظهره يجب الضمان بسبب إزالة اليد و إن انعدم الاثبات و لو تجرد الاثبات عن الازالة لم يصلح سبباً للضمان كما فى الوديعة فانها إثبات اليد لكن لما لم تتضمن الإزالة لم تصلح سبباً للضمان (و هذا) أى هذا المجموع (لا يتصور فى العقار لأن يد المالك لا تزول إلا باخراجه عنها) أى باخراج المالك عن العقار و تأنيث الضمير بتأويل الضيعة و الدار (و هو فعل فيه) أى الإخراج فعل فى المالك (لا فى العقار) فانتفت إزالة اليد و الكل ينتفى بانتفاء جزئه (فصار كما إذا بعّد المالك عن المواشى) حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصباً لها و بعّد بتشديد العين و فى بعض النسخ أبعد من الإبعاد (و فى المنقول النقل فعل فيه) أى فى المنقول (و هو الغصب) أى النقل من ملك المالك هو الغصب لأن فيه يتحقق معنى الغصب و هو تفويت يد الملك لمعنى فى المحل (و مسألة الجحود) أى جحود الوديعة فى العقار (ممنوعة) يعنى لا نسلم أنه إذا جحد الوديعة يضمن و ذكر الامام علاء الدين العالمؒ فى طريقة الخلاف و إذا أودع عند إنسان عقاراً فجحد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن و ذكر فى المبسوط أنه لا يضمن عندهما فى الأصح و قال الناطفيؒ فى كتاب الغصب من الأجناس كان شيخنا أبو عبدالله الجرجانيؒ يقول إنه على وجهين إن نقل الوديعة عن الموضع الذى كانت فيه حال جحوده و هلكت ضمن و إن لم ينقلها عن موضعها

و لو سلّمت (١) فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم و بالجحود تارك لذلك

حتى هلكت لا يضمن (و لو سلّم) أى وجوب الضمان بجحود الوديعة (فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم و بالجحود تارك لذلك) أى للحفظ الملتزم و فى المبسوط إنما يضمن بالمنع بعد الطلب لا بالجحود و بالجحود يحصل المنع بعد الطلب قيل و لو سلم أن الجحود غصب حقيقة كما قال بعض أصحابنا و لكنه ليس بغصب موجب للضمان كغصب الخمر و الخنزير فى حق المسلم و هذا الموضع هو الذى و عد المصنفّ قبل باب السلم بقوله و سنبيّنه في الغصب عند قوله و من باع دارا لرجل و أدخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى آخراً فإن قلت قوله عليه الصلاة و السلام من غصب شبرا من الأرض طوّقه الله به يوم القيامة من سبع أرضين صريح فى إطلاق إسم الغصب فى الدور و العقار فلو لم يكن الغصب متحققا فيها لم يطلق و الكلام لحقيقته ما لم يقم دليل المجاز قلت الحديث لا يدل على ذلك لأنه عليه الصلاة و السلام جعل جزاء غصب الأرض التطويق يوم القيامة و لو كان الضمان واجباً لبينه لأن الضمان من أحكام الدنيا و الحاجة إليه أمس و المذكور جميع جزائه و زيادة الضمان عليه تكون نسخاً و ذا لا يجوز بالقياس و إطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق الغصب الموجب للضمان كما أنه عليه الصلاة و السلام أطلق لفظ البيع على بيع الحر بقوله من باع حراً و لا يدل ذلك على بيع الحر على أنه جاء فى الصحيحين بلفظ أخذ فقال من أخذ شبرا من الأرض ظلماً فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين فعلم أن المراد من الغصب الأخذ ظلماً لا غصباً موجباً للضمان فان قلت قوله عليه الصلاة و السلام على اليد ما أخذت حتى ترد يدل على ذلك بإطلاقه و التقييد بالمنقول خلافه قلت هذا مجاز لأن الأخذ حقيقة لا يتصور فى العقار لأن حد الأخذ أن يصير المأخوذ تبعاً ليده لأنه مفعول فيه فكان هو منصرفاً إلى المنقول ضرورة ليعمل بالأخذ على حقيقته فان قلت إزالة اليد ليست بشرط فى الغصب كما لو ركب الدابة و هلكت من غير نقل فانه يضمنها بالإجماع و كما لو وهب دارا لرجل بما فيها من الأمتعة فهلكت الأمتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استحقت الدار فللمستحق أن يضمن الموهوب له بلا خلاف و المسألة فى الزيادات و لو ترك الأمتعة من يد المالك فعلم أن إزالة يد المالك ليست بشرط قلت قبل ذلك الجواب ليس بمستقيم على أصل محمد رحمه الله تعالى لأنه وافقنا على أنه يضمنه بدون النقل بل الجواب فيه أن الواهب نقل يده إلى الموهوب له و يد الواهب فى الأمتعة كانت مفوتة ليد المالك فانتقلت بصفتها و الضمان فى مسألة الراكب

(١)سلّمت. ن. سلّم.

**قال و ما نقص منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً لأنه إتلاف و العقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين و يدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه و عمله فلو غصب داراً و باعها و سلّمها و أقر بذلك و المشترى ينكر غصب البائع و لا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح**

باعتبار الإتلاف لا بالغصب والله أعلم (قال) أى القدوري (و ما نقص منه بفعله أو سكناه ضمنه فى قولهم جميعاً) أى و ما نقص الغاصب من العقار بفعله بأن هدم شيئاً أو انهدم بسكناه ضمنه فى قول أبي حنيفة و أبي يوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى أما على قول محمد و الشافعي رحمهما الله تعالى فظاهر و أما على قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى فعلله بقوله (لأنه إتلاف و العقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين) فيكون إتلافا فيجوز أن يضمن بالإتلاف و لا يضمن بالغصب (و يدخل فيما قاله) أى القدوري في مختصره و هو و ما نقص منه بفعله إلى آخره (إذا انهدمت الدار بسكناه و عمله) بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك و انهدم كان مضمونا عليه و قيد بقوله بسكناه و عمله لأنه لو إنهدمت الدار بغير سكناه و فعله بل بآفة سماوية لا يضمن عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى فان (١) قلت كيف يعرف نقصان الأرض قلت قيل ينظر بكم تستأجر قبل أن تزرع و بكم تستأجر بعده و قيل ينظر بكم تباع قبل ذلك و بكم تباع بعده فيغرم ما بين ذلك من النقصان (فلو غصب داراً و باعها و سلّمها) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدورى فلذلك ذكره بالفاء و هى من مسائل الأصل و معناه إذا باعها ثم اعترف بالغصب و هو معنى قوله (و أقر بذلك) أى بالغصب (و المشترى ينكر غصب البائع و لا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه قيد به لأنه إذا كان له بينة لا ضمان على البائع بالاتفاق لأنه يمكنه أخذ داره بالبينة (فهو على الاختلاف) المشهور (في الغصب) أى فى غصب العقار فعند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى لا ضمان عليه خلافاً لمحمد و زفر و الشافعي رحمهم الله تعالى (هو الصحيح) احترز به عما قال بعضهم إنه يجب على البائع الضمان هنا بالبيع و التسليم بالاتفاق ألا ترى إلى ما قاله الحاكم الشهيد في كافيه رجل غصب دار رجل فباعها و سلمها ثم أقر بذلك و ليس لرب الدار بينة قال لا ضمان على الغاصب

(١) فان قلت الخ. و في الشامية: واختلفوا فى تفسير النقصان قال نصير بن يحيى إنه ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل الاستعمال و بعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان و قال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء يعني أنه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال و بكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه و هو الأقيس قال الحلواني و هو الأقرب إلى الصواب و به يفتي كما في الكبرى لأن العبرة لقيمة العين لا المنفعة اهـ و في التبيين عن النهاية أن محمد بن سلمة رجع إلى قول نصير.

قال و إن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله و يتصدق بالفضل قال و هذا عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يتصدق بالفضل و سنذكر الوجه من الجانبين قال و إذا هلك النقلى فى يد الغاصب بفعله أو بفعل غيره ضمنه و فى أكثر نسخ المختصر و إذا هلك الغصب و المنقول

---

لأنه لم يغيرها عن حالها و قال أبو يوسف أنا أراه ضامناً لقيمتها استحسن ذلك و هو قول محمد رجع أبو يوسف عن هذا إلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا ضمان عليه فان قيل إذا شهدا بدار لإنسان و قضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق و إتلافهما كاتلاف البائع بالبيع و التسليم و لا ضمان فيه عندهما أجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد رحمه الله تعالى و على تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسألتين أن الاتلاف فى مسألة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته و العقار يضمن بالاتلاف و أما فى مسألتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع و التسليم بل يعجز المالك عن إثبات ملكه ببينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامناً (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (و إن انتقص) أى العقار المغصوب (بالزراعة يغرم النقصان) أى يضمن النقصان و لا نعلم فيه خلافا و قد مر تفسير النقصان عن قريب و قال السعدى إن كان عرف أهل تلك القرية أنهم يزرعون أرض الغير بغير إذنه على وجه المزارعة من غير إذن و عقد لرب الأرض أن يطالبه بحصة الأرض و ذكر أبو الليث فى هذه الصورة الزرع للزراع و عليه نقصان الأرض (لأنه أتلف البعض) أى بعض الأرض و العقار يضمن بالاتلاف بلا خلاف (فيأخذ رأس ماله و يتصدق بالفضل) أى يأخذ الغاصب رأس ماله و هو البذر و ما أنفق و قدر ما غرم من نقصان الأرض و يتصدق بما زاد لأنه مستفاد كسب خبيث صورته مثلا أخرجت أربعة أكرار و نقصتها الزراعة و بذره كر و لحقته مؤنة كر و قدر قيمة النقصان كر فالفضل الخارج عن رأس ماله كر فيتصدق به (قال) أى المصنف (و هذا) أى وجوب التصدق بالفضل (عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يتصدق بالفضل) لأن المنهى عنه ربح ما لم يضمن و هو قد ضمن (و سنذكر الوجه من الجانبين إن شاء الله تعالى) أى عند قوله و من غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة الخ (قال و إذا هلك النقلى) أى الذى ينقل (فى يد الغاصب بفعله أو بفعل غيره ضمنه) لأن الغصب فيما ينقل على ما مر (و فى أكثر نسخ المتخصر) أى مختصر القدورى (و إذا هلك الغصب) أى المغصوب (و المنقول

**هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل و هذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب و عند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب و لهذا تعتبر قيمته يوم الغصب و إن نقص في يده ضمن النقصان**

---

هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أي يكون فيما ينقل لأنه لا يتصور في غير المنقول و المغصوب مضمون عليه لمجرد الغصب على معنى أنه يجب رده إن كان قائماً و مثله في المثلي إن كان هالكاً و قيمته إن لم يكن مثلياً فاذا كان الضمان بالغصب تقرر الضمان بالهلاك فلم يتفاوت بين أن يكون هلاكه بفعله أو بغير (١) فعله و لذا وجب عليه قيمته يوم الغصب (و هذا) أي وجوب الضمان (لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب) أي الغصب السابق سبب الضمان على ما قررناه آنفاً (و عند العجز عن رده) أي رد المغصوب عينه (تجب رد القيمة) مخلص خلفا هذا على قول من قال إن الموجب الأصلي في الغصب رد العين و القيمة مخلص خلفا (أو يتقرر) أي رد القيمة (بذلك السبب) هذا على قول من قال إن الموجب الأصلي هو القيمة و رد العين خلف عنها و إنما ذكر كلامه بالترديد تنبيهاً على ما ذكر قبل هذا من إختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى في الموجب الأصلي (و لهذا) أي و لكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) فعلم أن الموجب الأصلي هو القيمة (و إن نقص في يده ضمن (٢) النقصان) أي إذا رد المغصوب بعد ما نقص في يده يلزمه النقصان سواء كان النقصان في بدنه بأن كانت جارية فأعورت أو شابة فصارت عند الغاصب عجوزة أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها أو لم يكن في بدنه بأن كان عبداً محترفاً فنسي الحرفة عند الغاصب أو قارئاً فنسي القرآن ففي هذا كله يضمن النقصان و لا نعلم فيه خلافا هذا إذا كان النقصان يسيراً أما إذا كان كثيراً يخير المالك بين الأخذ و تضمين النقصان أو الترك مع تضمين جميع قيمته كذا في المبسوط و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى للمالك أخذ العين مع قيمة

---

(١)أو بغير فعله. أقول هذا أعم من قول الهداية أو بفعل غيره لشموله نحو العور و الشلل و الصمم فانه يضمن به أيضا كما صرح به في مسكين كذا في الشامية. (٢)ضمن النقصان. و في الشامية: النقصان أنواع أربعة بتراجع السعر و بفوات أجزاء العين و بفوات وصف مرغوب فيه كالسمع و البصر و اليد و الأذن في العبد و الصياغة في الذهب و اليبس في الحنطة و بفوات معنى مرغوب فيه فالأول لا يوجب الضمان في جميع الأحوال إذا رد العين في مكان الغصب و الثاني يوجب الضمان في جميع الأحوال و الثالث يوجب الضمان في غير مال الربا و الرابع و هو فوات المعنى المرغوب فيه في العين كالعبد المحترف إذا نسي الحرفة في يد الغاصب أو كان شابا فشاخ في يده يوجب الضمان أيضا هذا إذا كان النقصان قليلا أما إذا كان كثيرا فيخير المالك بين أخذه و تركه مع أخذ جميع قيمته و ستعرف الحد الفاصل بينهما من مسئلة الخرق اليسير و الفاحش مسكين.

لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء و بخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض و الأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال و مراده غير الربوى أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لأنه

---

النقصان سواء كان فاحشاً أو يسيراً (لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب) أى لأن الشأن دخل جميع أجزاء المغصوب في ضمان الغاصب بسبب الغصب (فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أى فكل جزء من أجزاء المغصوب تعذر رد عينه يجب رد قيمته و أما إذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها و في قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لزفر رحمه الله تعالى (بخلاف تراجع السعر) أى لا يضمن الغاصب ما نقص من قيمته بتراجع السعر بلا خلاف بين العلماء (إذا رد) أى المغصوب (في مكان الغصب) قيد به لأنه إذا لم يرد فيه يخير المالك بين أخذ القيمة و الانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان فيسترده لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر و يطالبه بالقيمة و له أن ينتظر (لأنه) أى لأن تراجع السعر (عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء) لأن فتور الرغبات شيء أحدثه الله في قلوب العباد فلا يوجب ذلك تغيير الأحكام (و بخلاف المبيع) عطف على قوله بخلاف تراجع السعر يعنى إذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشترى لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف و إن فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فأعورت في يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيراً بين إمضاء البيع و فسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط (لأنه ضمان عقد) أى لأن ضمان المبيع ضمان عقد و الأوصاف لا تضمن بالعقد (أما الغصب فقبض) لأنه يحل الذات بجميع أجزائها و صفاتها فكانت مضمونة و هو معنى قوله (و الأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد) أى لا تضمن بالعقد لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف (على ما عرف) عند قوله إن الغصب إثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين (قال) أى المصنف (و مراده غير الربوى) أى و مراد القدورى بقوله و إن نقص في يده ضمن النقصان غير المال الربوى (أما في الربويات) أى أما في الأموال الربويات و هي التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا (لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه) أى لأن

يؤدى إلي الربا قال و من غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا

تضمين النقصان مع استرداد الأصل (يؤدى إلى الربا) لأنه إذا كان المغصوب من الأموال الربوية لا يجوز له تضمين النقصان إذا أخذ العين إحترازاً عن الربا و قد قال الكرخيّ في مختصره و إن كان الاناء من فضة و انهشم من يد الغاصب فصاحب الاناء بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه و لا شيء له غيره و إن شاء تركه و ضمنه قيمته من الذهب و كذلك إذا كان الإناء من ذهب فهو بالخيار إن شاء أخذه بعينه و إن شاء أخذ قيمته من الفضة و في المبسوط (١) و إذا استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمن قيمته و لأصحابه فيه وجهان أصحهما أنه يضمن قيمته من جنسه و تكون الزيادة بمقابلة الصنعة و به قال القاضي الحنبليّ لأن الربا يجرى في العقود لا في الغرامات و في وجه يضمن نقصه بغير جنسه و به قال احمد رحمه الله تعالى (قال و من غصب عبداً فاستغله) هذا لفظ الصدر الشهيد حسام الدينّ في الجامع الصغير و معنى استغله آجره و أخذ الأجرة (فنقصته الغلة) أي العمل في الاجارة جعله مهزولاً و في المبسوط لم يذكر نقص الغلة (فعليه النقصان لما بينا) أي عند قوله لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب و يجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه أتلف البعض و الغلة للغاصب و قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى للمالك لأن الأجر عوض للمنافع المملوكة لرب العبد فلم يملكها الغاصب قلنا وجوب

(١) المبسوط للسرخسيّ ص٨٨ ج١١ و فيه أيضا: كل إناء مصوغ كسره رجل فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغا من الذهب و إن كان من الذهب فعليه قيمته مصوغا من الفضة. و في الهندية: و بعد ما قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس لو تفرقا قبل التقابض من الجانبين فانه لا يبطل القضاء لأن القيمة قامت مقام العين ثم الذهب و الفضة بالصياغة لا يخرجان عن اعتبار الوزن و غيرهما من الحديد و الصفر و النحاس و غير ذلك قد يخرج بالصياغة عن حد الوزن و قد لا يخرج فما كان لا يخرج عن حد الوزن بالصياغة نحوما إذا كان في موضع يباع وزنا و لا يباع عددا فيكون حكمه كالذهب و الفضة المصوغ فاذا كسره رجل و أورث فيه عيبا فاحشا أو يسارا يخير صاحبه بين أخذ الجنس بغير شيء و بين التسليم إلى الكاسر و أخذ القيمة من الدراهم و الدنانير و لا يكون التقابض من شرطه بالاجماع و إن كان يخرج بالصياغة عن حد الوزن و صار عدديا فان كان الكسر لم يورث فيه عيبا فاحشا فليس لصاحبه خيار الترك و لكن يحبسه بنفسه و يضمنه النقصان من جهة القيمة و إن كان الكسر أورث فيه عيبا فاحشا فصاحبه بالخيار إن شآء أخذه منه و أخذ قيمة النقصان معه و إن شآء سلّمه إلى الكاسر و ضمنه قيمته صحيحا غير مسكور كذا في شرح الطحاوي. و إن استهلك السيف المكسور آخر كان عليه حديد مثله كذا في خزانة المفتين. و إن كسر درهما أو دينارا فعليه مثله و المكسور للكاسر قال شيخ الاسلامّ قال مشايخنا رحمهم الله تعالى هذا إذا كان الكسر ينقص من ضربه فأما إذا كان الكسر لا ينقص من ضربه فليس له إلا ذلك المكسور و هذا كما قلنا فيمن كسر رغيف انسان ليس لصاحبه إلا المكسور و قال شمس الأئمة السرخسيّ عليه مثله و إن شآء صاحبه أخذه و لم يرجع عليه بشيء سواء انتقصت ماليته بالكسر أو لم تنتقص كذا في المحيط.

و يتصدق بالغلة قال و هذا عندهما أيضاً و عنده لا يتصدق بالغلة و على هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه حصل في ضمانه و ملكه أما الضمان فظاهر و كذلك الملك في المضمون لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا و لهما أنه حصل بسبب خبيث و هو التصرف في ملك الغير و ما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل و الملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث

الأجرة بالعقد لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد و العاقد هو الغاصب فهو الذي جعل منافعه بالعقد مالاً فكان هو أولى لكن يتصدق بها أشار إليه بقوله (و يتصدق (١) بالغلة) لأنها حصلت بكسب خبيث (قال) أي المصنف (و هذا) أي التصدق بالغلة (عندهما أيضاً) أي عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى أيضا (و عنده) أي و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى (لا يتصدق بالغلة) لأنه يطيب له و هذا قوله الأول و قوله الآخر مثل قولهما هكذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى (و على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (إذا آجر المستعير المستعار) و أخذ أجرته لا يطيب له عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى و كذا على الخلاف المذكور لو آجر المودع الوديعة (لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه (٢) حصل في ضمانه و ملكه أما الضمان فظاهر و كذا الملك في المضمون لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا) أي حال كون التمليك مستندا إلى وقت الضمان فيكون مالكاً من وقت الضمان فيطيب له ككسبه المبيع بعد القبض (و لهما) أي لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن الغلة و تذكير الضمير باعتبار الكسب (حصل بسبب خبيث و هو التصرف في ملك الغير) و الحكم يثبت مضافاً إلى سببه فلا بد من ثبوت الخبث فيها بحكم ذلك السبب (و ما هذا حاله) ما بمعنى الذي و ذا إشارة إلى قوله و هو التصرف في ملك الغير (فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل) أصله حديث الشاة المصلية على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى (و الملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث) هذا جواب عما يقال التصرف في ملكه مستندا فأني يكون الخبث فاجاب بقوله و الملك المستند أي

(١)و يتصدق بالغلة أي بما بقي من الغلة لما قال الزيلعي كان ينبغي أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها اه و هو و إن كان ذكره بحثا لكن جزم به في متن الملتقى فالظاهر أنه منقول و الملتقى من المتون المعتبرة هذا كذا في الشامية. (٢)أنه حصل الخ. أقول فيه نوع تأمل لأن الذي حصل في ضمانه و ملكه إنما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لأن الكلام فيما إذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل و الظاهر أن الغلة أي الأجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط فما وجه القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلا فتفكر كذا في الأفكار.

فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك و لهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشترى ثم استحق و غرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشترى إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب مالاً يتصدق بمثله إن كان غنياً

---

إلى وقت الضمان ناقص يعني لكونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه و لهذا يظهر في حق القائم دون الغائب فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد في يد الغاصب) سواء كان بفعله أو بفعل غيره (حتى ضمنه) أي حتى ضمن الغاصب العبد له) أي للغاصب (أن يستعين بالغلة في أداء الضماء) لأنها ملكه و الخبث لحق الملك أشار إليه بقوله (لأن (١) الخبث لأجل المالك و لهذا) أي و لأجل كون الخبث لحق المالك و لم يكن لكونها ملكاً له (لو أدى إليه) أي لو أدى الغاصب الغلة إلى المالك مع أداء العبد (يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه) أي إلى المالك لأن الخبث كان لحق المالك فيزول بالصرف إليه قيل هذا إذا كان فقيراً و إن كان غنياً ففيه روايتان قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله تعالى في شرح الكافي و الصحيح أنه يجوز الصرف إلى المالك و إن كان غنياً عوضا عن الهلاك لما قلنا (بخلاف ما إذا باعه) هذا يتعلق بقوله فان هلك العبد في يد الغاصب يعني إذا باع الغاصب العبد المغصوب بعد الاستغلال (فهلك) أي العبد (في يد المشترى ثم استحق) أي العبد بأن ظهر له مستحق (و غرمه) أي غرم المشترى العبد أي قيمته (ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه) أي ليس للبائع أن يستعين بغلة العبد في أداء الثمن إلى المشترى (لأن الخبث) في الغلة (ما كان لحق المشترى) حتى يزول بالصرف إليه بل لحق المستحق بخلاف الأول لأن الخبث فيه لحق المالك فيزول بوصول الغلة إليه (إلا إذا كان) أي الغاصب (لا يجد غيره) أي غير الغلة بتأويل الكسب أو الأجر أو المال (لأنه محتاج إليه) لتفريغ ذمته و تخليص نفسه عن الحبس (و له) أي و للمحتاج (أن يصرفه إلى حاجة نفسه) و هو أولى بذلك لأنه ملكه و إن كان فيه خبث (فلو أصاب مالاً) يعني لو أصاب مالاً بعد أن صرف الغلة عن الضمان (يتصدق بمثله إن كان غنياً

---

(١) لأن الخبث الخ. هذا جواب سوال ذكر في المبسوط حيث قال فان قيل القيمة دين في ذمته و هذه الغلة ملكه و لكن هي واجب التصدق لخبثها و من قضى دينه بمال الصدقة كان عليه أن يتصدق بمثله قلنا نعم و لكن التصدق بهذا لم يكن حتما عليه ألا ترى أنه لو سلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك و ليس على الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلما إلى المالك ثم يصير المالك مبرئا عن ذلك القدر من القيمة لما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق كذا في الكفاية.

وقت الاستعمال و إن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا قال و من غصب ألفاً فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بألفين (١) جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح و هذا عندهما و أصله أن الغاصب و (٢) المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة و ربح لا يطيب له الربح عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى و قد مرت الدلائل و جوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة

وقت (٣) الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (و إن كان فقيراً) يوم استهلاك الثمن (فلا شيء عليه) يعني ليس عليه أن يتصدق بشيء من ذلك (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه محتاج إليه كذا قال الاترازيّ و قال الكاكيّ هذا إشارة إلى قوله و ما هذا حاله فسبيله التصدق و في الذخيرة هذا إذا آجره الغاصب أما إذا آجر العبد نفسه صحت الإجارة فاذا أخذ العبد الأجرة يأخذها المالك مع العبد بلا خلاف لأحد و لو أخذه الغاصب من العبد و أتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يجب عليه الضمان و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى لأنه أتلف مال الغير و له نعم أنه مال المالك و لكنه لا عصمة له في حق الغاصب فأشبه نصاب السرقة بعد القطع (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من غصب ألفاً فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح و هذا عندهما) أي التصدق بجميع الربح عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لأنه ملك خبيث و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و بعض أصحاب مالك رحمهم الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى في القديم و أحمد رحمه الله تعالى الربح للمالك و المشترى ملكه (و أصله) أي أصل الخلاف (أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة و ربح لا يطيب له الربح عندهما) أي عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (خلافاً لابي يوسف رحمه الله تعالى و قد مرت الدلائل) أي في مسألة و من غصب عبداً فاستغله (و جوابهما) أي جواب أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه) فيكون الربح خبيثاً (ثم هذا) أي عدم طيب الربح (ظاهر فيما يتعين بالاشارة) كالعروض لأن العقد يتعلق بها حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيستفيد الرقبة و

(١)بألفين. ن. بالألفين. (٢)و-ن-أو. (٣)وقت الاستعمال أي وقت الصرف إلى حاجة نفسه بأن يكون غنيا و لا يجد غير ذلك بأن كان ابن السبيل كذا في الأفكار.

أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها و نقد منها الثمن أما إذا أشار إليها و نقد من غيرها أو نقد منها و أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً و نقد منها يطيب له و هكذا قال الكرخي رحمه الله تعالى لأن الاشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث و قال مشايخنا رحمهم الله تعالى لا يطيب له قبل أن يضمن و كذا بعد الضمان بكل حال و هو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين و المبسوط (١) قال

---

اليد في المبيع بملك خبيث فيتصدق به (أما فيما لا يتعين كالثمنين) أي الدراهم و الدنانير (فقوله في الكتاب) أي قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها و نقد منها الثمن أما إذا أشار إليها و نقد من غيرها أو نقد منها و أشار إلى غيرها أو (٢) أطلق إطلاقا و نقد منها يطيب له) و هذه أربعة أوجه ففي واحد منها لا يطيب و في الباقي يطيب و ذكر في المبسوط وجهاً آخر لا يطيب فيه أيضاً و هو أنه إذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولاً ثم اشترى منه بتلك الدراهم (و هكذا قال الكرخي رحمه الله تعالى) أراد أن هذا التفصيل في الجواب هو قول الكرخيّ (لأن الاشارة إذا كانت لا تفيد التعيين) يستوي وجودها و عدمها فعند ذلك (لا بد أن يتأكد بالنقد) منها (ليتحقق الخبث) و الفتوى على قول الكرخي رحمه الله تعالى ذكره (٣) في التتمة و الذخيرة لكثرة الحرام دفعاً للحرج عن الناس (و قال مشايخنا رحمهم الله تعالى لا يطيب (٤) له قبل أن يضمن و كذا بعد الضمان بكل حال) أي في الوجوه كلها (و هو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين) أي في الجامع الكبير و الجامع الصغير (و المضاربة) أي و في المضاربة من كتاب المبسوط حيث قال يتصدق بجميع الربح مطلقاً (قال) أي محمد

---

(١)المبسوط. ن. المضاربة. (٢)أو أطلق الخ. و في التاترخانية عن الذخيرة أنه إذا أطلق و لم يشر فان نوى النقد منها فلا يخلو إن حقق نيته فنقد منها فالأصح أنه لا يطيب و إن لم يحقق نيته يطيب لأن مجرد العزم لا أثر له و إن لم ينو ثم نقد منها طاب قال الحلوانيّ إنما يطيب إذا نوى أن لا ينقد منها ثم بدا له فنقد أما إذا نوى النقد منها مع علمه أنه ينقد لا يطيب اه ملخصا و في البزازية و قول الكرخيّ عليه الفتوى و لا تعتبر النية في الفتوى ثم حمل ما مر على حكم الديانة كذا في الشامية. و في تقريرات الرافعي على الشامية: (قوله ثم حمل ما مر على حكم الديانة) لم أجده في البزازية و المراد حمل ما مر من الطيب أو عدمه على حكم الديانة إذ لا دخل للقضاء هنا. (٣)ذكره في التتمة الخ. و مشى عليه في الغرر و مختصر الوقاية و الاصلاح و نقله في اليعقوبية عن المحيط كذا في الشامية. (٤)لا يطيب له الخ. و وجهه أنه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري و بالاشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد به في حق القدر و الوصف فتثبت فيه شبهة الحرمة لملكه بسبب خبيث كذا في التبيين.

و إن اشترى بالألف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشىء و هذا قولهم جميعاً لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس.

## فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال و إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها و أعظم (١) منافعها

رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن اشترى بالألف جارية) أى و إن اشترى الغاصب بالألف المغصوبة جارية (تساوى ألفين فوهبها أو طعاماً) أى أو اشترى الغاصب بالألف المغصوبة طعاماً (فأكله لم يتصدق بشىء) بل يرد عليه مثل ما غصب (و هذا قولهم جميعاً لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الأصل و ما زاد عليه دراهم و لم يصر فلم يظهر الربح و فى جامع أبى اليسرّ هل يباح له الوطء و الأكل الصحيح أنه لا يباح لأن فى السبب نوع خبث و لهذا المعنى بعض الظلمة الذى فيهم قليل تقوى يشترون الأشياء نسيئة و يصرفونها إلى حوائجهم ثم يقضون الأثمان و فى جامع المحبوبىّ و نوادر ابن سماعةّ غصب ثوباً أو كراً فاشترى به طعاماً لا يسعه أن يأكل حتى يؤدى قيمة الثوب أو مثل الكر و لو غصب دراهم فاشترى بها طعاماً وسعه أكله لأن الثوب إذا استحق ينتقض البيع بخلاف ما إذا استحقت الدراهم و لو اشترى بالثوب و الكر المغصوبين جارية لا يحل له وطؤها أما لو تزوج بالثوب أو بالكر حل وطؤها لأن باستحقاق المهر لا ينتقض النكاح.

(فصل فيما يتغير بفعل الغاصب)

لما ذكر حقيقة الغصب و حكمه أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض و حقه الفصل (قال) أى القدورىّ (و إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل (٢) الغاصب) قيد به احترازاً عما إذا تغيرت بدون فعله كما إذا صار العنب زبيباً و الخمر خلا بنفسه و الحليب جبنا و الرطب تمراً فالمالك بالخيار إن شاء أخذه و إن شاء تركه و ضمنه و لو صار العنب زبيباً بجعله ملكه كذا فى فتاوى العتابى (حتى زال إسمها) احترز (٣) به عما إذا غصب شاة و ذبحها حيث لم يزل ملك مالكها لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة شاة حية (و أعظم منافعها) ذكر هذا ليتناول الحنطة إذا غصبها و طحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة و كشكاً و نشاء و بذراً

(١)أعظم. ن. عظم. (٢)بفعل الغاصب. احترز به عن صبى غصبه فصار ملتحيا عنده فانه يأخذه المالك بلا ضمان قهستانى و مثله فى التاترخانية كذا فى الشامية. (٣)احترز به الخ. أقول و احترز به أيضا عن كاغد فكتب عليه أو قطن فغزله أو لبن فصيّره مخيضا أو عصير فخلله فانه لا ينقطع به حق المالك و قيل ينقطع قهستانى عن المحيط كذا فى الشامية.

زال ملك المغصوب منه عنها و ملكها الغاصب و ضمنها و لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها كمن غصب شاة و ذبحها و شواها أو طبخها أو حنطة فطحنها

و غيرها يزول بالطحن و الظاهر (١) أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها يتناوله فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا حنطة (زال ملك المغصوب منه عنها) حتى لو أراد أن يأخذ عين الدقيق مثلا ليس له ذلك (و ملكها الغاصب وضمنها و لا يحل (٢) له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) أى بدل العين المغصوبة و هو المثل أو القيمة (كمن غصب شاة و ذبحها و شواها أو طبخها) هذا مثال لتغير العين المغصوبة و قيد بالشيّ و الطبخ احترازاً عما إذا ذبحها و لم يشو و لم يطبخ حيث لا ينقطع حق المالك عنها و لهذا قال ظهير الدين اسحاق بن أبى بكر الولواجيّ فى فتاواه و لو غصب شاة فذبحها فالمالك بالخيار إن شاء أخذها و لا شيء عليه غيرها لأن الذبح تقريب إلى المقصود و هو اللحم و لا يعد غصباً و إن شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب لأجل التبديل و كذا إذا سلخها و اربها و لم يشوها و قال محمد رحمه الله تعالى إن شاء أخذ الشاة و ضمنه النقصان و هذا أصح لأن بعض المنافع يفوت بالذبح انتهى (أو حنطة فطحنها) أى أو غصب حنطة فطحنها فصارت دقيقاً و قال الكرخيّ و إذا غصب حنطة فطحنها فإن أبا حنيفة و محمدا رحمهما الله تعالى قالا لا سبيل لرب الحنطة على الدقيق و كذلك روى الحسن بن زياد رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و على الغاصب مثل الحنطة التى غصبها و قال ابن سماعة رحمه الله تعالى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يأخذ المغصوب منه الدقيق مكان الحنطة لكن يباع الدقيق و يشترى له حنطة مثل حنطته و هو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات الغاصب و كذلك لو غصب دقيقاً فخبزه أو غزلاً فنسجه أو قطناً فغزله و نسجه فهو مثل ذلك يباع له ذلك فيعطى مثل دقيقه و غزله و قطنه إن أبى الغاصب أن يدفع إليه ذلك و روى ابن سماعةّ عنه فى موضع آخر أن رب الحنطة بالخيار إن شاء ضمنه حنطة مثل حنطته و دفع إليه الدقيق و إن شاء أخذ ذلك الدقيق و أبرأ الطاحن لأنه متاعه بعينه قال

(١)و الظاهر أنه تاكيد الخ. أقول فيه نظر لأن لفظ أعظم منافعها أى اكثر مقاصدها احتراز عن دراهم غصبها فسبكها بلا ضرب فانه و إن زال إسمها لكن يبقى أعظم منافعها من جعلها ثمنا و التزين بها و لذا لا ينقطع حق المالك عنها كما فى المحيط وغيره فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن ذكر لفظ أعظم منافعها كما ظنه منلا خسرو و صاحب العناية و غيرهما رحمهم الله تعالى كذا فى الدر المحتار مع رد المحتار. (٢)و لا يحل الخ. و فى المنتقى: كل ما غاب صاحبه و يخاف عليه الفساد فلا بأس بأن ينتفع به بعد ما يشهد على نفسه بضمانه و لا يخرجه ذلك من إثم الغصب. و فى جامع الجوامع اشترى الزوج طعاما أو كسوة من مال خبيث جاز للمرأة أكله و لبسها و الإثم على الزوج تاترخانية كذا فى الشامية.

أو حديداً فاتخذه سيفاً أو صفراً فعمله آنية و هذا كله عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا ينقطع حق المالك و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمّنه النقصان عنده لأنه يؤدى إلى الربا و عند الشافعي رحمه الله تعالى يضمّنه و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه و هو أحق به من الغرماء بعد موته

أخالف أبا حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا و أجعله بالخيار على ما وصفت و كذلك لو غصب لحماً فشواه أو طبخه و كذلك لو غصب سمساً أو زيتوناً فعصره و كذلك لو غصب تراباً فلته و طبخه آجراً أو اتخذ منه آنية الخزف أو جعله حبابا قال فإن لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه و لا بأس بأن ينتفع به فان غصب طعاماً فزرعه فإن عليه مثله فى قول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و يتصدق بفضله و فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يتصدق بفضله و لا بأس أن ينتفع به قبل أن يرضى صاحبه انتهى كلام الكرخيّ (أو حديدا) أى أو غصب حديدا (فاتخذه سيفا أو صفرا) أى أو غصب صفرا (فعمله آنية) و الصفر (١) بالكسر قال أبو عبيدة الصفر بكسر الصاد و هو الذى يعمل منه الآوانى قلت هو نوع من النحاس و هو الأصفر من لون الذهب (و هذا كله عندنا) يعنى زوال ملك المالك و تملك الغاصب و ضمانه عندنا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا ينقطع حق المالك و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) و هو قول أحمد رحمه الله تعالى أيضاً (غير أنه) أى المالك (إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمّنه النقصان عنده) أى لا يضمّن المالك الغاصب نقصان الوصف عند أبى يوسف رحمه الله تعالى (لأنه يؤدى إلى الربا) لأنه يأخذ عين حقه مع شيء آخر إذ الدقيق هو عين الحنطة من وجه لأن عمل الطحن فى تفريق الأجزاء لا فى احداث ما لم يكن موجوداً و تفريق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع فى الثوب ألا ترى أن الربا يجرى بينهما و لا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة (و عند الشافعي رحمه الله تعالى يضمنه) أى أى يضمّن المالك الغاصب النقصان لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين فى الأموال الربوية جائز و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يزول ملكه عنه) أى ملك المالك عن المغصوب و لا يسقط عنه حقه (لكنه يباع فى دينه) أى لكن المغصوب يباع فى دين المالك (و هو أحق به من الغرماء بعد موته) أى المالك أحق بالمغصوب من الغرماء بعد موت الغاصب حنطته لأنه زال ملكه و

(١) الصفر الخ. و في تاج العروس: (الصفر بالضم من النحاس) الجيد و قيل هو ضرب من النحاس و قيل هو ما صفر منه و رجحه شيخنا لمناسبة التسمية واحدته صفرة و نقل فيه الجوهرى الكسر عن أبى عبيدة وحده و نقله شراح الفصيح و قال ابن سيده لم يك يجيزه غيره و الضم أجود و نفى بعضهم الكسر و قال الجوهرى الصفر بالضم الذى تعمل منه الأوانى اه.

للشافعي رحمه الله تعالى أن العين باق فيبقى على ملكه و تتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة و ألقتها في طاحونة الغير فطحنت و لا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً و صار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة و سلخها و أرّبها و لنا أنه أحدث صنعة متقومة فصيّر حق المالك هالكاً من وجه ألا ترى أنه تبدل الإسم و فات معظم المقاصد و حقه في الصنعة قائم من كل

---

يده بسبب لم يرض به و في الإيضاح عن أبي يوسف ثلاث روايات إحداها كقولهما و قد ذكرناها (للشافعي رحمه الله تعالى أن العين باق فيبقى على ملكه) هذا (١) عطف على قوله لأنه يؤدى الى الربا و تقريره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لأن الواجب الأصلي في الغصب رد العين عند قيامه و لولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك و العين باق فيبقى على ملكه (و تتبعه الصنعة) أي تتبع الصنعة الحادثة العين لأنها تابعة للأصل فالمالك صاحب الأصل و الغاصب صاحب الصنعة فيترجح صاحب الأصل على صاحب الصنعة (كما اذا هبت الريح في الحنطة و ألقتها في طاحونة الغير فطحنت) فان الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا (و لا معتبر بفعله) هذا جواب عما يقال إن مثل هذا تمثيل فاسد لأنه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستهشد به أجاب بقوله و لا معتبر بفعله (لأنه محظور) أي حرام (فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف) أي في الأصول من أن الفعل المخطور لا يصلح سببا للنعمة و هو الملك (فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا) و حينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة (و صار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة و سلخها و أرّبها) بفتح الراء المشدة من التأريب أي جعلها عضواً عضواً فإن فعل الغاصب فيه موجود و ليس بسبب للملك لكونه محظوراً (و لنا أنه) أي الغاصب (أحدث صنعة متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها و شيّها و كذلك قيمة الحنطة تزداد بجلعها دقيقاً (فصيّر) أي هذا الإحداث (حق المالك هالكاً من وجه) لأن قيام الشيء إنما يعرف بصورته و معناه و قد فقدت الصورة (ألا ترى أنه تبدل الإسم) و تبدل الإسم يدل على تبدل العين فكأنه لم يبق العين الأولى (و فات معظم المقاصد) فان المطلوب من عين الحنطة الزراعة و القلي و اتخاذها هريسة و بالطحن بطل هذا المقصود (و حقه) أي حق الغاصب (في الصنعة قائم من كل

---

(١) هذا عطف الخ. أقول ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا و لو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء إذ لو كانت للعطف على قوله لأنه يؤدى إلى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبي و هو قوله و عند الشافعي رحمه الله تعالى يضمنه و قوله و عن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ و لا يخفى ركاكة ذلك كذا في الأفكار.

وجه فيترجح على الأصل الذى هو فائت من وجه و لا نجعله سبباً للملك من حيث أنه محظور بل من حيث أنه إحداث الصنعة بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح و السلخ و هذا الوجه يشمل الفصول المذكورة

---

وجه) هذا جواب عن قوله العين باق فيبقى على ملكه تقريره أن حق الغاصب أولى بالاعتبار لأن حقه قائم فى الصنعة من كل وجه أى أنها موجودة من كل وجه فلا يضاف حدوثها إلى صاحب العين بدليل أن المغصوب منه إذا اختار أخذ الدقيق يجب عليه أجرة الطحان و كذلك لا يأخذ الثوب إلا و يعطيه ما زادت الصنعة فيه من الخياطة و حق الآجر فى المصنوع قائم من وجه هالك من وجه لأن حقه فى الثوب و الثوب بالتركيب و التركيب بالقطع زال من وجه و بقى من وجه فلو زال كله لذهب ملكه و كذلك بعض المنافع القائمة زال بالقطع و حدث بالخياطة ما لم يكن و هذا كمن غصب ابريسما فخاط به بطن نفسه أو شاته لم يجز نزع الابريسم لأنه هالك من وجه (فيترجح على الأصل الذى هو فائت من وجه) أى إذا كان كذلك فيترجح حق الغاصب على الأصل و هو حق المالك الذى هو فائت من وجه لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه و العين هالكة فصارت الصنعة راجحة فى الوجود و ترجحه يرجع إلى الحال و ترجحها إلى الوجود فالرجحان فى الذات أحق من الحال لأنها تابعة للذات (و لا نجعله سبباً للملك) هذا جواب عن قوله و لا معتبر بفعله لأنه محظور تقريره إنا لا نجعل فعل الغاصب من الطحن و غيره سبباً للملك (من حيث أنه محظور بل من حيث أنه إحداث الصنعة) المتقومة إذ إحداث الصنعة مشروع فى نفسه و إنما حرم ههنا بأن جعل مال الغير بمنزلة آلة له فأشبه الاحتطاب بقدوم الغير و الاصطياد بقوس الغير (بخلاف الشاة) هذا جواب عن قوله و صار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة تقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الإسم و الشاة ليست كذلك (لأن إسمها باق بعد الذبح و السلخ) حيث يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فإن قيل الكلام فيها بعد التأريب و لا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل و تبدل الإسم و لم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى إسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ و التأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين بخلاف الطبخ بعده لأنه لم يبق ما هو التعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (و هذا الوجه) أى وجه الإستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك و بفوات الاسم على انقطاع حق المالك (يشمل الفصول المذكورة) أى التى ذكرها القدورىّ من غصب

و يتفرع عليه غيرها فاحفظه و قوله و لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسان و القياس أن يكون له ذلك و هو قول الحسن و زفر رحمهما الله تعالى و هكذا عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواه الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى و وجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة و السلام في

---

الشاة و ذبحها و غصب الحنطة و طحنها و غصب الحديد و اتخذه سيفاً و غصب الصفر و عمله آنية (و يتفرع عليه غيرها) أى على الفصول المذكورة غيرها مثل خبز الدقيق و نسج الغزل و غزل القطن و عصر السمسم فانه يقطع حق المالك عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و من تابعه رحمهم الله تعالى (فاحفظه) أى فاحفظ الذى يتفرع عليها و استخرجه بالقياس (و قوله) أى و قول القدوري (و لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها إستحسان) فيه إشارة إلى أنه لا يحل له الانتفاع بالقضاء و قد نص في المبسوط أنه يحل بالقضاء لأنه بمنزلة الأداء لحصول رضى المالك عنده لأنه لا يقضى إلا بطلبه (و القياس (١) أن يكون له ذلك) أى الانتفاع قبل أداء البدل (و هو قول الحسن و زفر رحمهما الله تعالى و هكذا عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواه الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى) قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في باب الغصب بعلامة النون من الواقعات الحسامية رجل غصب لحماً فطبخه أو حنطة فطحنها كان عليه الضمان و صار ملكاً له و حل أكله في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه ملكه بالبدل و قال محمد رحمه الله تعالى في العيون لا يحل حتى يرضى المالك و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى انتهى و نقل في آخر كتاب الغصب من خلاصة الفتاوى عن فتاوى أهل سمرقند رجل غصب طعاماً فمضغه حتى صار مستهلكاً فلما ابتلع ابتلع حلالاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و شرط الطيب عنده وجوب البدل و عندهما أداء البدل و الفتوى على قولهما انتهى و قال الكرخي في مختصره قال الحسن قال زفر إذا طبخه أو شواه فقد صار مستهلكاً له و عليه القيمة و له أن يأكله و يطعمه من شاء رضى صاحبه بالقيمة أو لم يرض و به يأخذ الحسن رحمه الله تعالى (و وجهه) أى وجه القياس (ثبوت الملك المطلق) بكسر اللام أى المجوز (للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز) لأنه ملكه بوجه محظور فصار كالمقبوض على وجه بيع فاسد حيث يصح بيعه (وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة و السلام) أى قول النبي ﷺ (في

---

(١)و القياس الخ. جعل في الخلاصة وغيرها القياس قول الامام و الاستحسان قولهما و في البزازية و كان الامام نجم الدين النسفي ينكر أن يكون هذا قول الامام و يقول أجمع المحققون من أصحابنا أن الغاصب لا يملك المغصوب (أى ملكا تاما مفيدا للحل) إلا بأحد الأمور الثلاثة (يعنى باداء أو ابراء أو تضمين قاض) و قالوا جميعا الفتوى على قولهما اه كذا في الشامية بتغيرما.

الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق

الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها أطعموها الأسارى) هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة رضى الله تعالى عنهم أحدهما رجل من الأنصار أخرج حديثه أبو داودٌ (١) فى سننه فى أول البيوع حدثنا محمد بن العلاء أنا ابن ادريس أنا عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال خرجنا مع رسول الله ﷺ فى جنازة فرأيت رسول الله ﷺ و هو على القبر يوصى الحافر أوسع من قبل رجليه أوسع من قبل رأسه فلما رجع استقبله داعى امرأة فجاء و جىء بالطعام فوضع يده ثم وضع القوم فأكلوا فنظر آبآؤنا رسول الله ﷺ يلوك لقمة فى فمه ثم قال أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها فأرسلت المرأة يا رسول الله إنى أرسلت إلى البقيع يشترى لى شاة فلم أجد فأرسلت إلى جار لى قد اشترىٰ شاة أن أرسل إلى بها بثمنها فلم يوجد فأرسلت إلى امرأته فأرسلت إلىّ بها فقال رسول الله ﷺ أطعميه الأسارى و رواه (٢) أحمدٌ فى مسنده حدثنا معاوية بن عمرو ثنا أبو اسحاق عن زائدة عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلا من الأنصار قال فذكره و هذا سند صحيح إلا أن كليب بن شهاب والد عاصم لم يخرجا له فى الصحيح و خرج له البخارى فى جزئه فى رفع اليدين و قال فيه ابن سعدٌ ثقة و ذكره ابن حبانٌ فى الثقات و لا يضره قول أبى داودٌ عاصم بن كليب عن أبيه عن جده ليس بشىء فإن هذا ليس من روايته عن أبيه عن جده و أخرجه (٣) الدارقطنىٌ فى سننه فى الضحايا عن حميد بن الربيع ثنا ابن ادريس به و حميد بن الربيع هو الخزاز بخاء معجمة و زاى مكررة و قال ابن الجوزىٌ فى التحقيق كذاب و تعقبه صاحب التنقيحٌ فقال وثقه عثمان بن أبى شيبةٌ و قد تابعه محمد بن العلاءٌ كما رواه أبو داودٌ انتهى و الثانى أبو موسى أخرج حديثه الطبرانىٌ (٤) فى معجمه حدثنا أحمد بن القاسم الطائى ثنا بشر بن الوليد ثنا أبو يوسف القاضى عن أبى حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبى بردة عن أبى موسى رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ زار قوماً من الأنصار فى دارهم فذبحوا له شاة فصنعوا له منها طعاماً فأخذ من اللحم شيئاً ليأكله فمضغه ساعة لا يسيغه فقال ما شأن هذا اللحم قالوا شاة لفلان ذبحناها حتى يجىء نرضيه من ثمنها فقال عليه الصلاة و السلام أطعموها الأسارى و رواه فى معجمه الأوسط حدثنا أحمد بن القاسم الطائى ثنا بشر بن الوليد به (أفاد الأمر بالتصدق) أى أفاد الحديث الأمر

(١)ابو داودٌ فى أول البيوع باب فى اجتناب الشبهات ص١١٧ ج٢ و سكت عنه ابو داودٌ ثم المنذرىٌ فى مختصر السنن كذا فى التعليق المغنى. (٢)رواه احمدٌ الخ. كذا فى نصب الرايةص١٦٨ ج٤. (٣)أخرجه الدا[illegible]ىٌ فى الصيد و الذبائح و الأطعمة ص٢٨٥ ج٤. (٤)الطبرانىٌ فى معجمه الخ. كذا فى نصب الراية ص١٦٩ـ

و زوال ملك المالك و حرمة الإنتفاع للغاصب قبل الإرضاء

بالتصدق الحاصل أنه أفاد اموراً ثلاثة الأول: الأمر بالتصدق الذى يدل على زوال ملك المالك إذ لو بقى الملك للمالك لأمر بالرد إليه تحرزاً عن إبطال ملك الإنسان أو أمر بالبيع و حفظ الثمن عند خوف الفساد لأن للامام ولاية بيع مال الإنسان عند الحاجة الثانى: زوال ملك المالك أشار إليه بقوله (و زوال ملك المالك) بالنصب أى و أفاد أيضاً زوال ملك المالك و وجهه ما ذكرناه الثالث: حرمة الانتفاع قبل أداء البدل أشار إليه بقوله (و حرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء) بالنصب أيضاً أى و أفاد أيضاً حرمة انتفاع الغاصب بالمغصوب قبل إرضاء المالك بالتراضى أو بالقضاء و قال محمد بن الحسنؒ فى كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن عاصم بن كليب عن أبيه به ثم قال و لو كان هذا اللحم باقياً على ملك مالكه الأول لما أمر به النبى ﷺ أن يطعم الأسارى و لكن لما رآه خرج من ملك الأول و صار مضموناً على الذى أخذه أمر بطعامه لأن من ضمن شيئاً فصار له من وجه غصب فإن الأولى أن يتصدق به و لا يأكله و كذلك ربحه و أخرج (١) الدار قطنىؒ فى سننه عن عبدالواحد بن زياد عن عاصم بن كليب به ثم أخرج عن عبدالواحد ابن زياد قال قلت لأبى حنيفة رحمه الله تعالى من أين أخذت قولك فى الرجل يعمل فى مال الرجل بغير إذنه إنه يتصدق بالربح قال أخذته من حديث عاصم بن كليب هذا انتهى فإن قلت قال (٢) البيهقىؒ و هذا لأنه كان يخشى عليه الفساد و صاحبها كان غائباً فرأى من المصلحة أن يطعمها الأسارى ثم يضمن لصاحبها قلت الإمام إذا خاف التلف على ملك غائب يبيعه و يحبس ثمنه عليه كما ذكرنا و لا يجوز له أن يتصدق به فان قلت هذا الحديث متروك الظاهر لأن المذهب التصدق بالربح لا بعين المغصوب فكيف يصح التمسك به قلت روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يتصدق بالأصل قبل أداء الضمان على أنا نقول إن الحديث يقتضى انقطاع حق المالك و التصدق إلا أن التصدق ترك للمعارض فيبقى الحكم الآخر على ظاهره و لا يرد علينا اللقطة لأن الشارع أمر بتصدقها بعد تعريفها و عجزها عن إصابة المالك و عن صيانة المال و ههنا المالك معلوم و يمكن الرد عليه فلا يجوز التصدق بدون رضاه كما لو علم صاحب اللقطة و أمكن الرد عليه قوله المصلية أى المشوية من صليت اللحم وغيره أصليه صلياً مثل رميته أرميه رمياً إذا شويته و أراد بالأسارى المحبوسين كذا فسره محمد رحمه الله تعالى قوله يلوك من اللوك و هو مضغ الشيء الصلب و

(١)أخرج الدارقطنىؒ فى الصيد و الذبائح و الأطعمة ص٢٨٦ ج٤. (٢)قال البيهقىؒ فى الغصب باب لا يملك أحد بالجناية شيئا جنى عليه الخ ص٩٧ ج٦.

و لأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسماً لمادة الفساد و نفاذ بيعه و هبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد و إذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي و كذا إذا أبرأه لسقوط حقه به و كذا إذا أدى بالقضاء أو ضمّنه الحاكم أو ضمّنه المالك لوجود الرضى منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه و على هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم

إدارته في الفم يقال لاك اللقمة و لاك الفرس اللجام. قوله لا يسيغه قوله من ساغ الطعام سوغا سهل دخوله في الحلق و أسغته أنا أي ساغ لي (و لأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم) أي الانتفاع (قبل الارضاء) أي إرضاء المالك (حسما لمادة الفساد) هذا دليل معقول و هو ظاهر و الحسم القطع بالحاء المهملة (و نفاذ بيعه) هذا جواب عن قوله و لهذا لو وهبه أو باعه أي نفاذ بيع المغصوب (و هبته) أي نفاذ هبته و المصدر في الموضعين مضاف إلى مفعوله (مع الحرمة) أي حرمة البيع و الهبة (لقيام الملك) و ذلك لا يستلزم الإباحة (كما في الملك الفاسد) يعني كالمقبوض في البيع الفاسد (و إذا أدى البدل يباح له) هذا راجع إلى قوله حتى يؤدى بدلها أي إذا أدى الغاصب بدل العين المغصوبة يباح له الانتفاع (لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي و كذا إذا أبرأه) أي و كذا يباح الانتفاع إذا أبرأ المالك الغاصب (لسقوط حقه به) أي لسقوط حق المالك بالإبراء (و كذا إذا أدى بالقضاء) أي و كذا يباح الانتفاع إذا أدى الغاصب البدل بقضاء القاضي و في المبسوط لو قضى القاضي بالضمان يحل له الانتفاع بمجرد القضاء لوجود الرضى من المالك إذ المالك لا يضمنه إلا بعد طلبه فكان راضياً به و قد ذكرناه مرة (أو ضمّنه الحاكم) بأن كان المغصوب مال اليتيم (أو ضمّنه المالك) أي أو طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان (لوجود الرضى منه) أي من المالك (لأنه لا يقضى إلا بطلبه) أي بطلب المالك و دعواه فكان المالك ضمنه فيحل له الانتفاع بذلك (و على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أصحابنا و زفر رحمهم الله تعالى (إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها) يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء البدل خلافاً لزفر رحمه الله تعالى (غير أن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يباح الانتفاع فيهما) أي في الصورتين المذكورتين و هما غصب الحنطة و زرعها و غصب النواة و غرسها (قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه) لأن الحنطة صارت قصيلا و النواة صارت نخلا (بخلاف ما تقدم) من غصب الشاة و ذبحها و طبخها

لقيام العين فيه من وجه و فى الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما و أصله ما تقدم قال و إن غصب فضة أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيأخذها و لا شيء للغاصب و قالا يملكها الغاصب و عليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكاً من وجه ألا ترى أنه كسره و فات بعض المقاصد و التبر لا يصلح رأس المال في المضاربات

---

و غصب الحنطة و طحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل إرضاء المالك (لقيام العين فيه من وجه) لأن أجزاء الشاة و الحنطة باقية (و فى الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده) أى عند أبى يوسف رحمه الله تعالى (خلافاً لهما) أى لأبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (و أصله ما تقدم) أى أصل وجوب التصدق بالفضل عندهما خلافاً لأبى يوسف رحمه الله تعالى ما تقدم عند قوله و من غصب عبداً فاستغله الخ و أراد بالأصل الدليل المذكور هناك (قال و إن غصب فضة أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) إلى هنا لفظ القدورى و تمامه فيه و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يملكها الغاصب و قال الحاكم الشهيدّ فى كافيه و إن غصب فضة فضربها دراهم أو صاغها إناء قال يأخذها و لا أجر للغاصب و لا يشبه هذا الحديد و الصفر لأنه فضة بعينها لا يخرج من الوزن و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يعطيه مثل قيمته و كذلك الذهب انتهى (فيأخذها و لا شيء للغاصب) و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى و قيد بضربها دراهم أو دنانير لأن فى كسر الدراهم و الدنانير و قلبهما يضمن مثله بالاتفاق لأنه غير بصنعه و لا يتم دفع الضرر عن صاحبه إلا بإيجاب المثل و المكسور للكاسر بعد الضمان و إن شاء صاحبه أخذ المكسور و لم يرجع عليه بشيء و يستوى انتقصت ماليته بالكسر أو لم تنتقص أما لو استهلك القلب فعليه قيمته مصوغاً من غير جنسه و عند الشافعى رحمه الله تعالى من جنسه (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يملكها الغاصب و عليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة) و هي الصياغة (صيّرت حق المالك هالكاً من وجه) لأن الإسم تبدل بفعل الغاصب (ألا ترى أنه كسره) أى أن الغاصب كسره و بالكسر تبدل الإسم و المقصود فانه قبل الضرب يسمى ذهباً و فضة و بعده درهماً و ديناراً (و فات بعض المقاصد) حيث كان يتعين فى العقود قبل الضرب و بعده لا يتعين و أشار أيضاً إلى تبدله فى بعض المقاصد بقوله (و التبر) و هو القطعة المأخوذة من المعدن (لا يصلح رأس المال فى المضاربات

و الشركات و المضروب يصلح لذلك و له أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق و معناه الأصلي الثمنية و كونه موزوناً و إنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره و صلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين و كذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال و من غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك (١) عنها و لزم الغاصب قيمتها

---

و الشركات و المضروب يصلح لذلك) أي يكون رأس المال فيها ففي هذا دليل على تغايرهما معنى و إسماً كما ذكرنا (و له) و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الإسم باق) حيث يقال بعد الصنعة ذهب و فضة (و معناه الأصلي الثمنية) أراد أن المعنى الاصلي اللازم للعين و هو الثمنية قائم كما كان بلا خلاف (و كونه موزوناً) عطف على قوله الثمنية (و إنه باق) أي و إن كل واحد من الثمنية و كونه موزوناً باق ثم بين بقاء هذين الشيئين بقوله (حتى يجرى فيه الربا باعتباره) أي باعتبار الوزن و الحاصل أن الأحكام الاربعة المتعلقة بالذهب و الفضة و هي الثمنية و كونه موزوناً و جريان الربا و وجوب الزكاة تدل على أن العين باق من كل وجه (و صلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله و التبر لا يصلح رأس المال و تقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة (من أحكام الصنعة دون العين) يعني لا من حكم العين و لهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالدراهم و الدنانير فلا اعتبار و لا قيمة للصنعة في هذه الأموال منفردة عن الأصل و به فارق الحديد و الصفر فإن الصنعة الحادثة تخرجهما من الوزن حتى إذا باع قمقمة حديد بقمقمتين منه جاز إذا كان يداً بيد (و كذا الصنعة فيها) أي في عين الفضة و الذهب (غير متقومة مطلقاً) أي في جميع الأحوال و هذا جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة تقريره أنها غير متقومة في كل حال (لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها) و إنما تتقوم عند المقابلة بخلاف جنسها كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من غصب ساجة) بالسين المهملة و تخفيف الجيم خشبة عظيمة و قيل خشبة منحوتة مهيأة للأساس و الأصح أنها خشبة صلبة قوية تجلب من بلاد الهند لها ثم تعمل منها الأبواب و أما الساحة بالحاء المهملة فستأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى (فبنى عليها زال ملك مالكها عنها و لزم الغاصب قيمتها) و في الذخيرة هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة و أما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء لم يزل ملك مالكها عنها بالإجماع و في

---

(١) المالك. ن. مالكها.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى للمالك أخذها و الوجه عن الجانبين قدمناه و وجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف و ضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة

---

الكافي للحاكم و إن غصب ساجة أو خشبة فأدخلها في بنائه أو آجرة فأدخلها في بنائه أو جصاً فبنى به قال عليه في ذلك كله قيمته و ليس للمغصوب منه نقض ما بناه و أخذ ساجته و خشبته و آجره و جصه انتهى و قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي و كان ابو الحسن الكرخي يقول المسألة موضوعة على أنه بنى على حوالي الساجة لأنه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض و أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض بناؤه لأنه تعدى فيه و كان الهندواني يختار هذا القول قلت صاحب الهداية ذهب إلي ما قاله القدوري في مختصره مطلقاً و جعله الأصح و الدليل عليه أن القدوري بعد أن ذكر في شرحه لمختصر الكرخي ما ذكرناه قال في كتاب الصرف و من غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه و الفضة لا يسقط حق مالكها عنها بالصياغة و إنما أسقطه بكونها تابعة للمزادة و هذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدى فدل على أن المسألة على إطلاقها و أنه لا حق للمالك في الساجة في الوجهين على ما يأتي عن قريب (و قال الشافعي رحمه الله تعالى للمالك أخذها) أي أخذ الساجة و به قال زفر و أحمد و مالك رحمهم الله تعالى على ما يأتي عن قريب (و الوجه عن الجانبين قدمناه) أي الدليل في مسألة الساجة هو الذى ذكرناه من جانبنا و جانب الشافعي في المسألة المتقدمة في أول الفصل يعني أن الغصب عنده عدوان لا يصلح سبباً للملك و لنا أنه أحدث صنعة متقومة إلى آخره (و وجه آخر لنا فيه) أى و دليل آخر لنا في غصب الساجة أى في تعليله (أن فيما ذهب اليه) أى في الذى ذهب إليه الشافعي رحمه الله تعالى (إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف) لأن فيه إبطال حقه (و ضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور (١) بالقيمة) فكان فوات حقه كلا فوات و ضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا إلى خلف و كان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب فإن قلت الغاصب جان و لا يبالي بضرر الجاني إذا كان فيه دفع الضرر عن المجنى عليه قلت نعم و لكن حق الجاني فيما وراء جنايته مرعى و دفع الضرر عنه واجب فإن قلت إنه أضر بنفسه حيث باشر سببه و هو إدخال ساجة الغير في بنائه مع علمه بذلك فلا يبقى مستحقاً للنظر بدفع الضرر

---

(١)مجبور بالقيمة و لا ريب في أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى كذا في الأفكار.

**فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته**

---

عنه قلت لا نسلم أنه أضر بنفسه نعم أنه أدخل ساجة الغير في بنائه و هذا ليس بسبب للنقض بل هو سبب لانقطاع حق المالك و ثبوت الملك له فإن قلت قوله عليه الصلاة و السلام من وجد عين ماله فهو أحق به دليل على أن حقه لا ينقطع بإدخالها في البناء لأنه وجد عين ماله قلت نحن نقول بموجبه و ههنا لم يجد عين ماله لأن الساجة صارت هالكة من وجه فصارت ملكاً للغاصب (فصار) أي حكم هذا (كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده) حيث لا يجب رد الخيط على صاحبه بلا خلاف و لو خاط بالخيط المغصوب جرح حيوان يؤكل ففيه للشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى قولان في قول يجب رده و في الثاني ينتقل حقه إلى القيمة و في مغني (١) الحنابلة فإن خاط به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد و الخنزير و الكلب العقور يجب نزعه و رده و إن خاط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي و البغل و الحمار الأهلي و خيف التلف بنزعه لم يجب النزع و إن خاط به جرح حيوان مأكول فان كان ملكا لغير الغاصب و خيف تلفه بقلعه لم يقلع لأن فيه إضرارا بصاحبه و لا يزال الضرر بالضرر و إن كان الحيوان للغاصب فقال القاضيّ يجب نزعه و رده و قال أبو الخطابّ فيه وجهان أحدهما هذا و الثاني لا و لأصحاب الشافعي رحمه الله تعالى وجهان كهذين انتهى و لو غصب خيطاً و خاط به ثيابه لا يجب نقضه عندنا و قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى يجب نقضه و رد الخيط على صاحبه (أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته) يعني ليس لصاحب اللوح نزعه و لكن فيه تفصيل (٢) و هو أنه إن كانت السفينة على الساحل لزمه قلعه و رده و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و إن كانت في لجة البحر و اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه يقلع و إن خيف غرقها لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل و لصاحب اللوح طلب القيمة فإذا أمكنه رد اللوح استرجعه و رد القيمة و به قال أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى و في الأسرار صورة مجمع عليها فيما إذا كانت السفينة مع من عليها في لجة البحر و خيف الغرق فإن قلت عدم جواز نزع الخيط و اللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لا لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلت ثبت في كل واحدة منهما أي من العلتين أعني التلف و تملك الغاصب حق المالك وغيره و جعل حق غيره أولي لأن بإبطاله

---

(١) مغني الحنابلة ص ٤٢٤ ج٥. (٢) لكن فيه تفصيل الخ. و بهذا التفصيل قال الحنابلة رحمهم الله تعالى كما في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٤٢٨ ج٥.

ثم قال الكرخي و الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمهما الله تعالى إنما لا ينقض إذا بنى في حوالى الساجة أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض لأنه متعد فيه و جواب الكتاب يرد ذلك و هو الأصح قال و من ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار إن شاء ضمّنه قيمتها و سلّمها إليه و إن شاء ضمّنه نقصانها و كذا الجزور و كذا إذا قطع يدهما

---

زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين (ثم قال الكرخي و الفقيه أبو جعفر الهنداوى رحمهما الله تعالى إنما لا ينقض إذا بنى في حوالى الساجة) و الحوالى بفتح اللام يقال قعد حوله و حواليه و لا يقال حواليه بكسر اللام و قعد حياله و بحياله أي بإزائه و ذلك بأن يكون بعض البناء على ساجة نفسه و بعضه على الساجة المغصوبة لأنه غير متعد به من كل وجه (أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض لأنه متعد فيه) من كل وجه فيقلع (و جواب الكتاب) أي مختصر القدوري و هو قوله فبنى عليها (يرد ذلك) أي التفصيل لما قلنا إن ضرر المالك مجبور بالقيمة دون ضرر الغاصب (و هو الأصح) أي جواب الكتاب هو الأصح و قد مر بيان الأصحية عن قريب و في الذخيرة لو أراد الغاصب نقض البناء و رد الساجة مع تملكها بالضمان بعد القضاء بقيمتها لا يحل و قبل القضاء بها قيل يحل و قيل لا يحل لأنه تضييع المال بلا فائدة (قال) أي القدوري في مختصره.(و من ذبح شاة غيره) بغير إذنه (فمالكها بالخيار إن شاء ضمّنه قيمتها و سلّمها إليه) أي إلى الذابح (و إن شاء ضمّنه نقصانها) أي نقصان الشاة (و كذا الجزور) أي و كذا الحكم إذا غصب الجزور و ذبحها إما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح و إما أن يترك العين و ضمّن جميع القيمة و الجزور بفتح الجيم ما أعد للذبح من الإبل من الجزر و هو القطع يذكر و يؤنث و إنما ذكره لدفع وهم متوهم و هو أن يقال إذا كان الجزور معدة للذبح لم يكن معنى الدر و النسل فيها مطلوباً فكيف يلزم النقصان بل الذبح زيادة فيه لأنه يؤخذ لأجله العوض فأجاب عنه و قال لا يتفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معداً للذبح أو لم يكن لأن الذبح في الحيوان نقص من حيث تفويت الحياة (و كذا إذا قطع يدهما) أي و كذا الحكم إذا قطع يد الشاة و الجزور يعني أن المالك بالخيار إن شاء أخذ العين مع نقصان القطع و إن شاء ترك العين للغاصب و ضمّنه جميع القيمة و هذه رواية عن أصحابنا و الظاهر أن له تضمين جميع القيمة بلا خيار ألا ترى إلى ما قال الحاكم الشهيد في كافيه و أما الدابة إذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلا يشبه هذا أي لا يشبه الخرق الكثير في الثوب قال لأنه استهلكها و ليس ينتفع صاحبها بما بقي و الغاصب ضامن لقيمة الدابة و هي له و كذلك لو كانت بقرة أو شاة أو جزورا فذبحها أو قطع يدها أو رجلها انتهى و ذلك لأن الدابة بعد فوات يدها أو رجلها لا ينتفع بها انتفاع الدواب فصارت

**هذا هو ظاهر الرواية و وجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل و الدر و النسل و بقاء بعضها و هو اللحم فصار كالخرق الفاحش فى الثوب و لو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمّنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه**

---

هالكة و يصير الغاصب مستهلكاً فيجب عليه القيمة و تكون الدابة له بخلاف الثوب فإن الثوب بالخرق الفاحش لا يكون هالكاً لأنه يمكن أن ينتفع به انتفاع الثياب فلا يضمّنه القيمة بلا خيار بل يكون الخيار للمالك و فى شرح الكافى روى فى رواية أن له الخيار فى مأكول اللحم لأن اللحم مقصود كما أن عينها مقصود و اللحم لم يتلف فكان حقه قائماً من وجه فكان له الخيار إن شاء ترك اللحم عليه و ضمّنه قيمة الدابة و إن شاء أخذ اللحم و ضمّنه قيمة النقصان (هذا (١) هو ظاهر الرواية) أى المذكور من ثبوت الخيار للمالك هو ظاهر الرواية و احترز به عما رواه بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى أن صاحب الشاة بالخيار إن شاء أخذها و لا شيء له غيرها و إن شاء تركها و ضمنها قيمتها يوم غصبها و قال الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى إذا سلخها حين ذبحها أو قطع لحمها و لم يطبخه و الرأس قائم و الجلد و الأكارع و البطن كان المغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ ذلك و لم يكن له غيره و إن شاء ضمنه قيمتها حية (و وجهه) أى وجه ظاهر الرواية (أنه) أى الذبح (إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل و الدر) بفتح الدال و تشديد الراء المهملة و هو اللبن و منه ناقة درور و دارّ أى كثيرة اللبن (و النسل و بقاء بعضها) أى بعض الأغراض (و هو اللحم فصار) أى الحكم فى هذا (كالخرق الفاحش فى الثوب) على ما يجيء حكمه عن قريب و هذا الذى ذكره لا يعم الجزور بظاهره و لكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض إذا لم يجعل البيان منحصراً فيما ذكر بقوله من الحمل و الدر و النسل (و لو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمّنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال الكاكىّ فى تقييد هذا الحكم بغير مأكول اللحم ليست زيادة فائدة لما أن الحكم فى مأكول اللحم كذلك لأن بقطع الطرف للمالك اختيار تضمين جميع القيمة فى المأكول و غيره ذكره فى المبسوط و قال الأترازىّ (٢) هذا إنما هو على اختيار صاحب الهدايةّ

---

(١)هذا هو ظاهر الرواية. و فى الهندية عن جواهر الأخلاطى: و الفتوى على ظاهر الرواية. (٢)قال الاترازىّ الخ. أقول ما نقله العلام العينىّ عن الاترازىّ ليس عين عبارة الاترازىّ فان عين عبارته هكذا: هذا الفرق بين مأكول اللحم و غير مأكول اللحم فى قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهدايةّ و الظاهر وجوب تضمين جميع =>

..........................................................

و الظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في مأكول اللحم و غير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر و قال صاحب العناية فيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول و كذلك إذا كانت غير مأكول اللحم و الثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم و غير مأكوله حيث قال في الأول إنه إتلاف من وجه و في الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه و الظاهر (١) من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها و بين امساك الجثة و تضمين نقصانها و يكون ذلك إختياراً منه و إن كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة و المغني فقال و في المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار أو رجله و كان لما بقي قيمة فله أن يمسك و يأخذ النقصان قلت أراد بذلك صاحب الهداية الإشارة إلى ما ذكره في الواقعات الحسامية في باب الغصب بعلامة السين رجل غصب دابة فقطع يدها فهذا على وجهين إما أن تكون هذه الدابة لا يؤكل لحمها أو يؤكل ففي الوجه الأول لا يكون لصاحب الدابة خيار لأنه استهلك من كل وجه و في الوجه الثاني له الخيار لأنه استهلك من وجه انتهى فان قلت ما أراد صاحب الهداية من قوله فقطع الغاصب طرفها قلت أراد به أحد قوائمها لأن في عين الحمار أو البغل أو الفرس ربع القيمة و كذلك في عين البقر والجزور ربع القيمة و في عين الشاة ما نقصها على ما يجيء في كتاب الديات إن شاء الله تعالى و نقل في الاجناس عن كتاب الجنايات و الديات رواية بشر بن غياث فقال قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في إحدى عيني الحمار أو البغل ربع القيمة و لو فقأ عين شاة أو جمل أو طير أو كلب أو سنور أو دجاجة أو نعامة عليه ما نقصه و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في ذلك كله عليه ما نقصه في جميع البهائم ثم قالوا في قطع أذن الدابة و ذنبها يضمن النقصان و جعل ذلك نقصاناً يسيراً و عن

=> القيمة فيها بلا خيار و قد مر من قبل هذا اه. و لا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لأن مدار ورودهما على حمل مراد المصنف على تسوية ماكول اللحم و غير ماكوله في الحكم و عبارة الاترازي تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ماكول اللحم و غير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية تبصر كذا في الأفكار. (١) و الظاهر إلى قوله و يأخذ النقصان. أقول لمانع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لأن ما رواه هشام عن محمد من جواز اختيار الامساك و أخذ النقصان فيما إذا قطع طرفا من غير ماكول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى و يجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما إذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكا من وجه دون وجه كذا في الأفكار.

بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف قال و من خرق ثوب غيره خرقا يسيراً ضمن نقصانه و الثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه و إنما دخله عيب فيضمنه و إن خرق خرقاً كثيراً تبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمّنه جميع قيمته لأنه إستهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه

---

شريحٌ أنه إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة و إن كان لغيره يضمن النقصان و في المنتقى إذا ذبح الحمار له الخيار و إن قتله ليس له الخيار لأن جلده لا قيمه له حينئذ أما الذبح فهو بمنزلة الدباغ (بخلاف قطع طرف المملوك) هذا يتعلق بقوله للمالك أن يضمّنه جميع قيمتها أى بخلاف العبد إذا قطع الغاصب طرفه (حيث يأخذه) أى يأخذ المالك العبد المغصوب (مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف ) و لا يصير مستهلكاً من كل وجه بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل و الركوب وغير ذلك و هذا إذا لم تكن الجناية مستهلكة أما إذا كانت مستهلكة فليس للمالك أن يأخذ الأرش مع إمساك الجثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما على ما عرف في موضعه بيان ذلك أن كل جناية لو حصلت في الحر أوجبت كمال الدية فإذا حصلت في العبد فتلك مستهلكة كفقؤ العينين و قطع اليدين و الرجلين و الذكر و قطع يد و رجل من جانب واحد و أما في قطع الأذنين و حلق الحاجبين إذا لم ينبت ففيه روايتان في رواية جعله مستهلكاً و كل جناية في الحر لا يوجب كمال الدية كقطع يد أو رجل أو قطع يد و رجل من خلاف فتلك الجناية غير مستهلكة ثم في الجناية المستهلكة على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى المولى بالخيار إن شاء حبس العبد لنفسه و لا يرجع بشيء و إن شاء سلمه إلي الجاني و يرجع بقيمته و قال صاحباه إن شاء سلمه و رجع بالقيمة و إن شاء حبسه لنفسه و رجع بالنقصان كذا في شرح الطحاوي (قال) أى القدوري (و من خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً) و المراد من الثوب ما يلبس كالقميص وغيره و ما لا يلبس كالكرباس (ضمن نقصانه و الثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه و إنما دخله عيب فيضمنه) أى النقصان (و إن خرق خرقاً كثيراً) بالثاء المثلثة و يجوز بالباء الموحدة أيضاً و أشار إلى تفسير الخرق الكثير بقوله (تبطل عامة منافعه) بأن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما (فلمالكه أن يضمّنه جميع قيمته لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه) و في شرح الكافي قال شيخ الإسلامّ و قال بعض أصحابنا هذا إذا كان الخرق بحال لا يمكن الخياطة فأما إذا أمكن خياطته و لم يبق بعد الخياطة نقصان فاحش لا يكون له تضمين جميع القيمة و يؤخذ بالخياطة ثم يضمن النقصان إن

قال معناه يترك الثوب عليه و إن شاء أخذ الثوب و ضمّنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث أن العين باق و كذا بعض المنافع قائم ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع و الصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين و جنس المنفعة و يبقى بعض العين و بعض المنفعة و اليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة و إنما يدخل فيه النقصان لأن محمداً رحمه الله تعالى

---

بقي بعده كمن جرح إنساناً جرحاً يندمل يؤخذ بأجرة الطبيب فإن بقي نقصان بعد ذلك يأخذ أرشه كذلك ههنا هذا إذا غصب ثوباً فخرقه أما إذا غصب ثوباً فقطعه قميصاً و لم يخطه فله أن يأخذه و يضمّنه ما نقصه القطع كذا ذكره الحاكم في الكافي قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه و إن شاء ضمّنه قيمته لأنه تعيب عنده بعيب فاحش و إن خاطه قميصاً أو غيره فليس لصاحبه أن يأخذه لأنه صار شيئاً آخر و تعلقت به مصلحة أخرى فصار الأول هالكاً من حيث المعنى فكان للمالك ولاية التضمين (قال معناه) أي قال المصنف رحمه الله تعالى معنى قول القدوري فلمالكه أن يضمّنه جميع قيمته أنه (يترك الثوب عليه) أي على الغاصب (و إن شاء أخذ الثوب و ضمّنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث أن العين باق و كذا بعض المنافع قائم) لأنه يمكن أن يفصل منه ثوب الصغير (ثم إشارة الكتاب) أي مختصر القدوري (إلى أن الفاحش) أي الخرق الفاحش (مما يبطل به عامة المنافع و الصحيح أن الفاحش) أي الخرق الفاحش (ما يفوت به بعض العين) يعني من حيث الظاهر و الغالب إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه لا محالة (و جنس المنفعة و يبقى بعض العين و بعض المنفعة) أراد به أنه لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه و يبقى بعضه كما إذا قطع الثوب قميصاً يفوت منفعة الجبة و القباء (و اليسير) أي الخرق اليسير (ما لا يفوت به شيء من المنفعة و إنما يدخل فيه النقصان) يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة و في الفتاوى الصغرى قال بعضهم إن أوجب الخرق ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش و ما دونه يسير و قال بعضهم إن أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش و ما دونه يسير و قال بعضهم الفاحش ما لا يصلح الباقي لثوب ما و اليسير ما يصلح و الصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض المنفعة و بعض العين و اليسير ما يفوت به بعض المنفعة انتهى و هو عكس ما قال صاحب الهداية حيث قال و اليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة و كل منهما نص على الأصح بما ذهب إليه كما ترى و قال تاج الشريعة وذكر الإمام الأجل رضي الدين النيسا بوري ما يستنكف أوساط الناس من لبسه مع ذلك الخرق هو الكثير و اليسير ضده و في غير المخيط وغير المقطوع أن لا يمكن أن يخاط منه و اليسير ضده (لأن محمداً رحمه الله تعالى

جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً و الفائت به بعض المنافع قال و من غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قيل له إقلع البناء و الغرس و ردها لقوله عليه الصلاة و السلام ليس لعرق ظالم حق

---

جعل في الأصل) أي المبسوط (قطع الثوب) بدون الخياطة (نقصاناً فاحشاً) حيث جعل للمالك ولاية تضمين جميع القيمة (و الفائت به) أي بالقطع (بعض المنافع) لا عامة المنافع كما أشار إليه القدوريّ و أما لو خاطه ينقطع حق المالك عندنا ذكره في الذخيرة و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى لا ينقطع و قالوا في الشق اليسير يأخذ الثوب و يضمّنه النقصان و في الفاحش كذلك عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و عند مالك رحمه الله تعالى يخير كقولنا و قال شمس الأئمةّ هذا الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب فهو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية فإن التعييب هناك فاحشاً أو يسيراً موجب لصاحبها الخيار بين الإمساك و بين الدفع و تضمين مثله أو قيمته و في الإمساك لا يضمّن النقصان لأنه يؤدي إلى الربا (قال) أي القدوريّ (و من غصب أرضا) قال تاج الشريعةّ سماه غصباً و إن لم يتحقق الغصب في العقار عندهما لما أنه يتصور بصورة الغصب كما في قوله تعالى إلا ابليس لأنه يتصور بصورة الملائكة قلت عبارة أصحابنا في غصب العقار مختلفة على مذهب أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى فقيل يتحقق فيه الغصب و لكن لا على وجه يوجب الضمان و إليه أشار القدوريّ في قوله و إذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عندهما فعلى هذا لا يرد السؤال فلا يحتاج إلى الجواب و قيل لا يتحقق فحينئذ يجاب بما ذكره تاج الشريعةّ (فغرس فيها أو بنى قيل له إقلع البناء و الغرس و ردها) يروى الغرس بفتح الغين و كسرها جميعاً فالأول مصدر أريد به المفعول أي المغروس من الشجر و النخل و الثاني إسم ما يغرس من الشجر و النخل و هذا الحكم لا خلاف فيه (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (ليس لعرق ظالم حق) هذا الحديث رواه ستة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم الأول سعيد بن زيد رضي الله تعالى عنه أخرج حديثه أبو داودّ (١) في الخراج و الترمذيّ في الأحكام و النسائيّ في إحياء الموات عن عبدالوهاب الثقفي ثنا أيوب عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال من أحيي أرضاً ميتة فهي له و ليس لعرق ظالم حق قال الترمذي حديث حسن

---

(١)أبو داودّ في الخراج باب إحياء الموات ص ٨١ ج٢ و الترمذيّ في الأحكام باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ص١٦٥ ج٢ و النسائي في الكبرى في إحياء الموات (باب) من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد ص٤٠٥ ج٣.

..............................

غريب و قد رواه جماعة عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا قلت منهم مالك رحمه الله تعالى (١) في الموطا قال ابن عبدالبرّ في التقصي أرسله جميع الرواة عن مالك رحمه الله تعالى لا يختلفون في ذلك و أخرجه (٢) النسائيّ عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن عروة مرسلاً الثانى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أخرج (٣) حديثه الطبرانيّ حدثنا يوسف القاضي ثنا محمد بن أبي بكر المقدمي ثنا الفضل بن سليمان عن موسى بن عقبة ثنا اسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت عن عبادة بن الصامت رضي الله تعالى عنه قال إنه من قضاء رسول الله ﷺ أنه ليس لعرق ظالم حق الثالث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما أخرج (٤) حديثه الطبرانيّ أيضاً عن مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبدالله بن عمر و رضي الله تعالى عنه مرفوعاً باللفظ الأول الرابع عمرو بن عوف رضي الله تعالى عنه أخرج (٥) حديثه اسحاق بن راهويه و البزار رحمهما الله تعالى في مسنديهما و الطبرانيّ في معجمه و ابن عديّ في الكامل عن كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف المزني حدثني أبي أن أباه أخبره أنه سمع النبي ﷺ يقول من أحيى أرضا مواتاً من غير أن يكون فيها حق مسلم فهي له و ليس لعرق ظالم حق و أعلّه ابن عديّ بكثير بن عبدالله الخامس رجل من الصحابة رضي الله تعالى عنهم أخرج (٦) حديثه أبو داودّ عن محمد بن اسحاق عن يحيى بن عروة عن أبيه مرفوعا نحوه قال عروة فلقد خبرني الذى حدثني بهذا الحديث و في لفظ فقال رجل من أصحاب النبي ﷺ و أكبر ظني أنه أبو سعيد الخدرى رضي الله تعالى عنه إن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه و أمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها و أنها لتضرب أصولها بالفؤس و أنها لنخل عم حتى أخرجت منها السادس عائشة رضي الله تعالى عنها أخرج (٧) حديثها أبو داود الطيالسيّ في مسنده ثنا زمعة عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها

---

(١) مالك رحمه الله تعالى في الموطا في الأقضية (باب) القضاء في عمارة الموات ص٦٤٢. (٢)أخرجه النسائيّ في سننه الكبرى في الباب المذكور آنفا. (٣)أخرج حديثه الطبرانيّ الخ. كذا في نصب الرايةص١٧١ج٤. (٤)أخرج حديثه الطبرانيّ الخ. كذا في نصب الراية. (٥)أخرج حديثه اسحاق بن راهويه و البزار رحمهما الله تعالى الخ. كذا في نصب الراية. (٦) أخرج حديثه ابو داودّ في الخراج باب إحياء الموات ص٨١ج٢. (٧)أخرج حديثها ابو داود الطيالسيّ الخ. كذا في نصب الراية ص١٧٠ج٤. قلت و رواه أيضا ابو داود السجستانيّ في سننه في الخراج باب إحياء الموات ص٨٢ج٢ عن عبدالله بن المبارك عن نافع بن عمر عن ابن ابى مليكة عن عروة به.

..................................

قالت قال رسول الله ﷺ البلاد بلاد الله و العباد عباد الله و من أحيى من موات الأرض شيئاً فهو له و ليس لعرق ظالم حق و من طريق الطيالسي رواه الدارقطني في سننه و البزار في مسنده و قال (١) أبو داود رحمه الله تعالى قال هشام العرق الظالم أن يغرس الرجل في أرض غيره فيستحقها بذلك قال مالك رحمه الله تعالى و العرق الظالم كل ما أخذ و احتفر و غرس بغير حق و ذكر في النهاية بتنوين عرق و ظالم صفته لا غير و رواية الفقهاء على الصفته و الإضافة و في المغرب (٢) ليس لعرق ظالم حق أي ليس لذي عرق ظالم و هو الذي يغرس في الأرض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها و وصف العرق بالظالم الذي هو صفة صاحبه مجازا و قال تاج الشريعة و روى بالإضافة أي ليس لعرق الغاصب حق أي ثبوت و دوام بل يؤمر بقلعه قلت العرق في الأصل بكسر العين هو عرق الشجر و البدن و يجمع على عروق فإن قلت هذا حكم غرس الشجر و البناء فكيف حكم الزرع في أرض الغير قلت روى (٣) أبو عبيد في كتاب الأموال عن شريك عن أبي إسحاق عن عطاء بن أبي رباح عن رافع بن خديج رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته و ليس له من الزرع شيء فقضى على رب الأرض بنفقة الزارع و جعل الزرع لرب الأرض قال و الفرق بين الزرع و النخل أن الزرع إنما يمكث في الأرض سنة فاذا انقضت السنة رجعت الأرض إلى ربها و صار للآخر نفقته فصار هذا أرشد من قلع الزرع بقلا و ليس النخل كذلك فانه مؤبد في الأرض و لا وقت ينتظر لقلعه فلم يكن لتأخير نزعها وجه و ذكر في الواقعات الحسامية في باب الغصب بعلامة العين رجل غصب أرضاً فزرعها حنطة ثم اختصما و هي بذر لم ينبت بعد فصاحب الأرض بالخيار إن شاء تركها حتى ينبت ثم يقول له اقلع زرعك و إن شاء أعطاه ما زاد البذر فيه أما الخيار فلأنه لا طريق لتفريغ الأرض إلا ذلك فإن اختار إعطاه الضمان كيف يضمن روى هشام عن محمد أنه يضمن قيمة بذره مبذورا في أرض غيره و هو أن تقوم الأرض مبذورة ببذر لغيره حق القلع إذا نبت و غير مبذورة ففضل ما بينهما قيمة بذر مبذورا في أرض غيره و قال فيه أيضاً بعلامة الباء رجل ألقى بذره في أرضه فجاء رجل و ألقى بذره في تلك الأرض و قلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض أو لم يقلب و سقى الأرض حتى نبت البذران جميعاً فما نبت يكون للثاني عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن خلط

(١) قال ابو داود أي السجستاني في سننه في الخراج باب إحياء الموات ص ٨٢ ج ٢. (٢) المغرب ص ٥٦ ج ٢.
(٣) روى ابو عبيد الخ. كذا في نصب الراية ص ١٧١ ج ٤.

و لأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة و الغصب لا يتحقق فيها و لا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء و قيمة الغرس مقلوعاً و يكونان له لأن فيه نظراً لهما و دفع الضرر عنهما

---

الجنس بالجنس استهلاك عنده و للأول على الثاني قيمة بذره لكن مبذوراً في أرض ملكه و طريق معرفة ذلك ما مر لكن ثمة يضمن قيمة بذره في أرض غيره فان جاء صاحب الأرض و هو الأول و ألقى فيها بذر نفسه مرة ثالثة و قلب الأرض قبل أن ينبت فيها البذر أو لم يقلب و سقى الأرض فنبت البذور كلها فهو له و عليه (١) للغاصب مثل بذره مبذوراً في أرض غيره لأنه أتلف ذلك (و لأن ملك صاحب الأرض باق فان الأرض لم تصر مستهلكة و الغصب لا يتحقق فيها) أي في الأرض (و لا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها) أي فيؤمر شاغل أرض الغير باخلائها عما شغلها (كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه) بأن غصب ظرفاً فطرح فيه متاعه فانه يؤمر بتفريغه فكذا هذا (فان كانت الأرض تنقص بقلع ذلك) أي بقلع الغرس و البناء (فللمالك أن يضمن له) أي الغاصب (قيمة البناء و قيمة الغرس مقلوعاً) أي حال كون كل واحد من الغرس و البناء مقلوعاً و كان الأصوب أن يقول مقلوعين على ما لا يخفى و ليس المراد أن يقلعا ثم يقوّما لدلالة الحال عليه و إنما المراد يقوّمان و هما قائمان بقيمة ما لو كانا مقلوعين على ما يجيء الآن (و يكونان له) أي يكون الغرس و البناء لمالك الأرض (لأن فيه نظراً) أي لأن في هذا المذكور نظراً للمالك و الغاصب جمعياً (و دفع الضرر عنهما) لأن في منع الغاصب من البناء و الغرس إضراراً له لأنه عين ماله فلا يجوز منعه منها و في قلعه و تسليمه ضرر على المالك و قد قال عليه الصلاة و السلام لا ضرر و لا ضرار في الإسلام و فيما ذكرنا نظر و رعاية للجانبين و في الذخيرة و المحيط لو غصب ساحة و بنى عليها لا ينقطع حق المالك ثم قال و كان الإمام أبو علي النسفيّ يحكي عن الكرخيّ أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء ليس للمالك أن يأخذها و إن

---

(١) عليه للغاصب الخ. أقول لم يشبع الجواب و الجواب المشبع أن الغاصب يضمن لصاحب الأرض قيمة بذره مبذورا في أرض نفسه ثم يضمن صاحب الأرض للغاصب قيمة البذرين مبذورين في أرض الغير لأن الاتلاف كذلك ورد هذا كله إذا لم يكن الزرع نابتا فأما إذا نبت زرع المالك فجاء رجل و ألقى بذره و سقى فان لم يقلب حتى نبت الثاني فالجواب كما قلنا و إن قلب فان كان الزرع النابت إذا قلب نبت مرة أخرى فالجواب كما قلنا و إن كان لا ينبت مرة أخرى فما نبت فهو للغاصب و يضمن الغاصب للمالك قيمة زرعه نابتا لأن الاتلاف كذا ورد كذا في الهندية عن الذخيرة.

و قوله قيمته مقلوعاً معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه إذ لا قرار له فيه فتقوّم الأرض بدون الشجر و البناء و تقوّم و بها شجر أو بناء لصاحب الارض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما

---

كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قال مشايخنا رحمهم الله تعالى هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله تعالى قال و من كان في يده لؤلؤة فسقطت فابتلعتها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة و اللؤلؤة فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة بين أخذ الدجاجة بقيمتها و بين ترك اللؤلؤة و أخذ قيمتها و كذا لو أودع رجلاً فصيلاً فكبر الفصيل حتى لم يكن إخراجه من البيت إلا بنقض الجدار ينظر إلى أكثرهما قيمة و يخير صاحب الأكثر على ما قلنا و كذا إذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلاني و تعذر إخراجه ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه و يتملك مال صاحبه و كذا لو كان للمستأجر حب في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجه إلا بهدم شيء من الحائط ينظر أيهما أكثر قيمة و كذا إذا دخلت اترجة رجل في قارورة آخر ينظر إلى أكثرهما قيمة فيؤمر صاحبه بأن يدفع قيمة الآخر و لو أدخل رجل أترجة رجل في قارورة الآخر فكبرت الأترجة فلا خيار لأحد و ضمن الفاعل قيمة كل واحد منهما لصاحبه و تكون الأترجة و القارورة له قيل يمكن أن يجاب عنها بأنه لا تعدى فيها بخلاف مسألة الغصب لأنه متعد فلا يراعى حقه و في خلاصة الفتاوى رجل بنى حائطاً في كرم رجل بغير أمر صاحب الكرم فإن كان للتراب قيمة فالحائط للباني و عليه قيمة التراب فان غصب أرضاً و بنى حائطاً فجاء صاحبها و أخذ الأرض فأراد الغاصب النقض إن بنى الحائط من تراب هذه الأرض ليس له النقض و تكون لصاحب الأرض و إن بنى الحائط من تراب غير هذه الأرض فله النقض (و قوله قيمته مقلوعاً) أي قول القدوري يضمن له قيمة البناء و الغرس مقلوعاً (معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه) أي لأن حق صاحب الغرس في الغرس (إذ لا قرار له) أي للغرس أو البناء يعني لا نهاية لهما بخلاف الزرع (فيه فتقوّم الأرض بدون الشجر و البناء و تقوّم و بها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه) قوله لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه صفة لقوله شجر أو بناء (فيضمن فضل ما بينهما) أي فيضمن صاحب الأرض فضل ما بين القيمتين مثلا إذا كانت قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير و مع الشجر الذي يستحق قلعه خمسة عشر ديناراً فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الأرض و الشجر لصاحب الأرض و كذا البناء

قال و من غصب ثوباً فصبغه أحمر أو سويقاً فلته بسمن فصاحبه بالخيارر إن شاء ضمّنه قيمة ثوب أبيض و مثل السويق و سلّمه للغاصب و إن شاء أخذهما و غرم ما زاد الصبغ و السمن فيهما و قال الشافعي رحمه الله تعالى فى الثوب لصاحبه أن يمسكه و يأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن إعتباراً بفصل الساحة بني فيها لأن التمييز ممكن

(قال) أى القدوريّ (و من غصب ثوباً فصبغه أحمر أو سويقاً) (١) بالسين يعمل من حنطة مقلية و قد قيل بالصاد و هى لغة بنى الغبر (فلته بسمن) أى خلطه بسمن من باب طلب يطلب (فصاحبه بالخيار إن شاء ضمّنه قيمة ثوب أبيض و مثل السويق و سلّمه للغاصب و إن شاء أخذهما) أى أخذ الثوب و السويق (و غرم ما زاد الصبغ و السمن فيهما) أى فى الثوب و السويق و به قال مالك رحمه الله تعالى فى الصبغ (و قال الشافعي رحمه الله تعالى فى الثوب لصاحبه أن يمسكه و يأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن إعتبارا بفصل الساحة بنى فيها) و الساحة بالحاء المهملة يعنى كما أن فى فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم تتضرر الأرض به فكذلك ههنا لأن فى كل منهما شغل ملك الغير بملكه (لأن التمييز ممكن) يعنى بالغسل و العصر و كذا فى الخلط إذا كان التمييز ممكنا يجب التمييز و الرد و إن كان غير ممكن يجب رد مثله و فى الوجيز (٢) لو كان قيمة الصبغ بقدر قيمة الثوب فهما شريكان فيباع و يقسم الثمن بينهما و فى الحلية إذا طالبه صاحب الثوب بقلع صبغه و امتنع الغاصب من ذلك ففيه وجهان أحدهما لا يجبر و هو قول أبى العباسّ و الثانى يجبر و هو قول ابن حيران و أبى إسحاق رحمهما الله تعالى و لو طلب الغاصب بيع الثوب و امتنع صاحبه ففيه وجهان أحدهما يجبر ليصل الغاصب إلى حقه و الثانى لا يجبر و فى الخلط إن كان بمثله من جنسه و طلب المالك أن يدفع إليه حقه و امتنع الغاصب فى المنصوص الخيار للغاصب و فى وجه يلزمه دفعه إلى المالك و لو خلطه بأجود ففيه وجهان فى المنصوص الخيار للغاصب و الثانى أنه يباع الجميع و يقسم الثمن بينهما و لو خلطه بما دونه أجبر الغاصب على دفع ملك المالك رحمه الله تعالى و من أصحابنا من قال يباع الجميع و يقسم الثمن على قدر القيمتين و لو خلطه بغير جنسه لزمه مثله و من أصحابنا من قال يباع الجميع و يقسم الثمن على قدر قيمتهما

(١)سويقا. و فى تاج العروس: السويق كأمير معروف كما فى الصحاح و هو نص ابن دريد فى الجمهرة أيضا قال و قد قيل بالصاد أيضا قال و أحسبها لغة لبنى تميم و هى لغة بنى الغبر خاصة و الجمع أسوقة و قال غيره هو ما يتخذ من الحنطة و الشعير و يقال لسويق المقل الحتى و لسويق النبق الفتى و قال شيخنا هو دقيق الشعير أو السلت المقلو و يكون من القمح و الاكثر جعله من الشعير و قال أعرابى يصفه هو عدة السمافر و طعام العجلان و بلغة المريض و قال ابو عمرو السويق الخمر اهـ. (٢)الوجيز مع العزيز ص٤٥٥ ج٥.

بخلاف السمن فى السويق لأن التمييز متعذر و لنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين و الخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساحة بنى فيها لأن النقض له بعد النقض أما الصبغ فيتلاشى و بخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية لصاحب (١) الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ

---

و عن أحمد رحمه الله تعالى مثله و فى مغنى (٢) الحنابلة لو خلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فان أمكن تخليصه خلصه و رد نقصه و إن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجع عليه بمثله لأنه صار كالهالك و إن لم يفسده رده و رد ما نقصه و إن احتيج فى تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ذلك لأنه بسببه و لأصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى فى هذا الفصل نحو ما ذكرنا (بخلاف السمن فى السويق لأن التمييز متعذر) لأن السمن يدخل فى أجزاء السويق فلا يمكن إخراجه حتى لو كان يمكن فالحكم حينئذ يكون كما فى الثوب (و لنا ما بينا) يعنى فى مسألة الساحة بالجيم بقوله و وجه آخر لنا (أن فيه) أى فى ثبوت الخيار للمالك (رعاية الجانبين) أى جانب المالك و جانب الغاصب (و الخيرة) أى الخيار و هذا جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ يعنى إن شاء سلم الثوب إلى مالكه وضمنه قيمة صبغه و إن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض فقال الخيار (لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل) لأن الثوب أصل و الصبغ صفة فيكون كالتابع له و السويق بمنزلة الثوب و السمن بمنزلة الصبغ (بخلاف الساحة) بالحاء المهملة (بنى فيها لأن النقض له) أى للغاصب (بعد النقض) فلا يكون ماله ضائعاً و النقض (٣) الاول بالنون المضمومة بمنزلة المنقوض و هو كالخشب و الآجر و النقض الثانى بالفتح مصدر نقضت الشيء إذا فككت تركيبه (أما الصبغ فيتلاشى) بالغسل و لم يحصل للغاصب شيء فلذا أثبتنا الخيار له (و بخلاف ما إذا انصبغ) أى الثوب (بهبوب الريح) بأن هبت الريح بثوب انسان و ألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ فانه لا خيار له (لأنه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمّن الثوب) أى ليضمّن صاحب الصبغ و هو على صيغة المجهول بالتشديد و الثوب منصوب على أنه مفعول ثان (فيتملك صاحب الأصل الصبغ) فيتملك بالرفع جواب شرط محذوف أى إذا لم يكن صاحب الصبغ جانياً فيتملك صاحب الاصل و هو الثوب الصبغ بدفع قيمته إلى صاحب الصبغ كذا ذكره فى الكافى حيث قال و بخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح فانه لا يثبت الخيار لرب الثوب بل يؤمر به بدفع قيمة الصبغ لأنه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ

---

(١) لصاحب. ن. من صاحب. (٢) مغنى الحنابلة ص ٤٣١ ج ٥. (٣) النقص الخ. و فى المغرب: النقض (بضم النون) البناء المنقوض و الجمع نقوض و عن الغوريّ النقض بالكسر لا غير.

قال أبو عصمة رحمه الله تعالى فى أصل المسألة و إن شاء رب الثوب باعه و يضرب بقيمته أبيض و صاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لأن له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة و عند امتناعه تعين رعاية الجانبين فى البيع و يتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه و قد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق

---

و فى الإيضاح و لو انصبغ بغير فعل أحد فهو لرب الثوب و لا شيء عليه من قيمة الصبغ فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و إن كان عصفراً أو زعفراناً فرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه ما زاد الصبغ فيه و إن شاء امتنع فيباع الثوب فيضرب بقيمة ثوبه أبيض و صاحب الصبغ بقيمة الصبغ فى الثوب لأنه لم يوجد من أحد فعل هو سبب للضمان فانتفى الضمان و صارا شريكين و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (قال أبو عصمة رحمه الله تعالى) هو سعيد بن معاذ المروزى رحمه الله تعالى تلميذ ابراهيم بن يوسف رحمه الله تعالى و هو تلميذ أبي يوسف القاضى رحمه الله تعالى (فى أصل المسألة) يعنى فى قوله و من غصب ثوباً فصبغه أحمر واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذى ذكره أبو عصمة رحمه الله تعالى متصل بما يليه من مسألة الانصباغ و إن كانت مسألة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبى عمصة رحمه الله تعالى فى أصل المسألة فقيّده بذلك تصحيحاً للنقل (و إن شاء رب الثوب باعه و يضرب بقيمته أبيض و صاحب الصبغ) أى و يضرب صاحب الصبغ (بما زاد الصبغ فيه لأن له) أى لصاحب الثوب (أن لا يتملك الصبغ بالقيمة و عند امتناعه) أى عند امتناع صاحب الثوب عن تملك الصبغ بالقيمة (تعين رعاية الجانبين فى البيع) لأنه طريق إيصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه معني (و يتأتى هذا) أى يتأتى قول أبى عمصة رحمه الله تعالى إن شاء رب الثوب إلى آخره (فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه) من غير أن يكون لصاحب الصبغ فعل فيه لأنه إذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ بدون جناية منه فعند امتناعه عن تملك الثوب و تعذر تضمينه جبراً تعين البيع طريقاً للوصول إلى حقه إذا لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة فأما فى الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقا للوصول إلى حقه لأن له تضمين الغاصب بالثوب الأبيض و التحقيق أن ما قاله أبو عصمة رحمه الله تعالى لا يتأتى فى أصل المسألة لأن ثمة لصاحب الثوب أن يتملك الصبغ بالقيمة أو يضمن الغاصب و إذا كان له ذلك لا يتعين البيع عند امتناعه عن التملك بالقيمة و فيما إذا انصبغ ليس له أن يضمن صاحب الصبغ لما أنه غير جان فيه فتعين البيع عند امتناعه عن التملك (و قد ظهر بما ذكرنا) فى مسألة الصبغ و الإنصباغ (الوجه) يعنى جواب المسألة و تعليلها (فى السويق) من

غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله و الثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته و قال في الأصل يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً و قيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه و الصفرة كالحمرة و لو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما زيادة

---

حيث الخلط و الاختلاط بغير فعل و الحاصل أن ما قلنا في غصب الثوب و صبغه فهو الوجه في غصب السويق و لته بالسمن و يجيء قول أبي عمصة رحمه الله تعالى فيه إلا أن بين السويق و الثوب تفاوتا و هو أن الضمان في غصب الثوب قيمته و في السويق مثله لكونه مثلياً أشار إليه بقوله (غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله و الثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته و قال في الأصل) أي المبسوط (يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً) و قال الحاكم في كافيه و إذا غصب سويقاً فلته بسمان فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة سويقه و إن شاء أخذ سويقه و ضمن للغاصب ما زاد فيه من السمن قال الشيخ علاء الدين الاسبيجابي و فيه إشكال و هو أنه قال في الكتاب ضمنه قيمة السويق و أنه مثلي و لم يقل مثله و قد اختلف أصحابنا في ذلك و الصحيح ما ذكره في الكتاب لأن السويق أجزاء حنطة مقلية و الحنطة بالقلي تخرج من أن تكون من ذوات الأمثال لأن القلي يسد طريق المماثلة فلا يكون السويق مثلياً و ذكر صدر الإسلام أبو اليسر في شرح الكافي أن السويق من ذوات القيم و إن كان مكيلا و قال كل مكيل لا يكون مثلياً و كذلك كل موزون لا يكون مثلياً و إنما المثلي من المكيلات و الموزونات ما هو متقارب و أما ما هو متفاوت فليس بمثلي كالعدديات فان المتقاربة منها أمثال و أما المتفاوتة فلا و كأن المكيلات و الموزونات و العدديات سواء و كذا يجب أن تكون الذرعيات على هذا و بين السويق و السويق قد يكون تفاوت فاحش بسبب القلي فلا تكون الاسوقة أمثالاً متساوية (و قيل المراد منه) أي من القيمة ذكر الضمير بتأويل ما يقوم (المثل سماه به) أي سمى محمد رحمه الله تعالى المثل بالقيمة في قوله يضمن قيمة السويق و تذكير الضمير في به على التأويل الذي ذكرنا (لقيامه مقامه) أي لقيام المثل مقام المغصوب (و الصفرة كالحمرة) يعني فيما إذا صبغ المغصوب بالصفرة فحكمه حكم ما إذا صبغه بالحمرة في الوجوه كلها مع الخلاف (و لو صبغه أسود) أي و لو صبغ الثوب المغصوب صبغاً أسود (فهو نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاذا كان نقصاناً فلرب الثوب أن يأخذه و لا يعطيه شيئاً عنده (و عندهما زيادة) أي و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى

و قيل هذا اختلاف عصر و زمان و قيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان و إن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة و قد عرف في غير هذا الموضع و لو كان ثوباً ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد رحمه الله تعالى أنه ينظر إلي ثوب يزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه و خمسة دراهم لأن إحدى

زيادة كالحمرة و الصفرة فيجرى فيه ما يجرى فيهما (و قيل هذا اختلاف عصر و زمان) فان أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان في زمن بنى أمية و كانوا يمتنعون عن لبس السواد فأجاب على ما شاهد و هما أجابا على ما شاهدا من عادة بنى العباس بلبس السواد و كان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولاً بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلما قلد القضاء و أمر بلبس السواد احتاج إلي التزام ما أمر به فرجع و قال السواد زيادة و حكى أن هارون الرشيد رحمه الله تعالى شاور مع أبى يوسف رحمه الله تعالى فى لون الثوب للبس فقال أبو يوسف رحمه الله تعالى أحسن الألوان ما يكتب به كتاب الله تعالى فاستحسن هارون رحمه الله تعالى منه ذلك واختار لون السواد و تبعه من بعده (و قيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان و إن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة) الحاصل من هذا أنه لا خلاف فى الحقيقة فى هذه المسألة و إنما يرجع إلى العادة فى كل زمان فان كان السواد زيادة غرمه المالك و إلا لم يغرمه كذا ذكره القدورىؒ فى شرحه لمختصر الكرخيؒ (و قد عرف فى غير هذا الموضع) أى فى شرح مختصر الكرخيؒ و غيره من الكتب المبسوطة (و لو كان ثوباً) أى و لو كان المغصوب المصبوغ ثوباً (ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد رحمه الله تعالى أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة) و لا تنقص قيمته به (فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه و خمسه دراهم) لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة و استوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص و يرجع عليه بما بقي من النقصان و هو خمسة و هو معنى قوله (لأن (١) إحدى

(١) لأن إحدى الخمستين الخ. أقول استشكله الزيلعىؒ فى التبيين حيث قال و هو مشكل من حيث أن المغصوب منه لم يصل إليه المغصوب كله و إنما وصل إليه بعضه و كان من حقه أن يطالب هو إلى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب و هو لم ينتفع بالصبغ شيئا و لم يحصل له به إلا تلف ماله و كيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالاتلاف و الاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة و كيف صار مسقطا له هنا اه و أجاب عنه الطورىؒ فى تكملته حيث قال لك أن تقول لا إشكال لأن الشارع ناظر إلى حق كل منهما فلو ألزمناه بالعشرة ضاع مال الغاصب و هو الصبغ مجانا و ذلك ظلم و المظلوم لا يظلم فاوجبناها على رب الثوب فوصل إلى المغصوب منه كل حقه ما عليه و ما بقى له و كون الاتلاف مقررا لا ينافى كونه مسقطا لأن الاتلاف بالنظر إلى النقصان و الاسقاط بالنظر إلى عين الصبغ فتأمل اه و قال ابن عابدينؒ فى الشامية و جواب الطورىؒ لا يشفى.

الخمستين جبرت بالصبغ.

الخمستين جبرت بالصبغ) هذه رواية هشام عن محمد كذا في العيون و قال الولوالجي في فتاواه و لو غصب صاحب الثوب العصفر و صبغ به ضمن مثل ما أخذ لأنه استهلكه فان لم يقدر عليه فهو على الاختلاف الذي عرف فيما ينقطع عن أيدي الناس و ليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لأن الصبغ فيه كالهالك و السواد هنا كالعصفر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً لأن الضمان يجب بإتلاف الصبغ و لو وقع الثوب بنفسه في الصبغ فانصبغ فان كان أسود يأخذه رب الثوب و لا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و إن كان عصفراً أو زعفراناً فرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه ما زاد الصبغ فيه و إن شاء امتنع و يباع الثوب فيضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه أبيض و صاحب الصبغ بقيمة الصبغ على الثوب لأن المالك لم يرض بالتزام ضمان الصبغ و لا يضمن صاحب الصبغ ههنا لأنه لا صنع له بخلاف ما قبله و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى السواد و العصفر سواء و كذلك السمن يختلط بالسويق فالسويق بمنزلة الثوب لأنه أصل و السمن كالصبغ و أما العسل و السويق إذا اختلطا فكلاهما أصل و لو غصب ثوباً من رجل و صبغه بعصفر لآخر ثم ذهب الفاعل فلم يعرف فهو كما لو اختلط بغير فعل لأحد لأنه تعذر اعتبار فعله للضمان فهو كالعدم و لو كان صاحب الثوب غصب العصفر ثم باعه فلا سبيل لصاحب العصفر على المشتري و إنما حقه على الغاصب لأن الغاصب استهلكه و لو أن صاحب العصفر غصب الثوب و صبغه ثم باعه و غاب و حضر صاحب الثوب فانه يقضى له بالثوب على المشتري و يستوثق بالثوب منه بكفيل للغاصب لأن للغاصب فيه حقاً و هو الصبغ و لو غصب ثوباً و عصفراً من رجل واحد و صبغه به كان للمالك أن يأخذه مصبوغاً و برئ الغاصب من الضمان لأن مال الانسان لا يستهلك بماله بالخلط و إن شاء ضمنه قيمة الثوب و عصفرا مثله و قال في شرح الطحاوي و لو اغتصب من رجل ثوباً و من الآخر صبغاً فصبغه ضمن لصاحب الصبغ صبغاً مثل صبغه لأنه أتلف صبغه حين صبغ به الثوب فصار بعد ذلك كأنه صبغ بصبغ نفسه و مر بيان ذلك و مما يتصل بالمسائل فتح رأس تنور حتى برد فعليه قيمة الحطب مقدار ما سجر به و يمكن أن يقال ينظر بكم يستأجر التنور المسجور للانتفاع فيضمن ذلك القدر أو ينظر إلى أجرته مسجوراً و غير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما والله أعلم بالصواب.

## فصل

**و من غصب عيناً فغيّبها فضمّنه المالك قيمتها ملكها و هذا عندنا و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر و لنا أنه ملك البدل بكماله و المبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر**

---

(فصل)

هذا الفصل محتو على مسائل متفرقة تتعلق بالغصب فلذلك أخره (و من غصب عيناً فغيّبها) (١) بالغين المعجمة (فضمّنه المالك قيمتها ملكها) أي ملك الغاصب تلك العين و به قال مالك رحمه الله تعالى (و هذا عندنا) أي تملك الغاصب العين المغصوبة بعد الضمان مذهبنا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يملكها) و به قال أحمد رحمه الله تعالى حتى لو ظهرت يستردها و يرد القيمة و فائدة الخلاف في ملك الكسب و نفوذ البيع و وجوب الكفن على الغاصب لأنه ملكه عندنا (لأن الغصب عدوان محض) أي حرام خالص ما فيه وجه إباحة (فلا يصلح سبباً للملك) لأن الملك مشروع و غير المشروع لا يكون مفضياً إلى المشروع إذ أدنى درجات السبب أن يكون إباحة فلا يملكه (كما في المدبر) بأن غصبه و غيّبه و ضمّن قيمته فانه لا يملكه بالإتفاق (و لنا أنه) أي المالك (ملك البدل) و هو القيمة (بكماله) أي يداً و رقبة و كل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته و دخل في ملك صاحب البدل دفعاً للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك أشار إليه بقوله (و المبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك) احترز عن المدبر فانه غير قابل للنقل على ما يجيء الآن (فيملكه) أي إذا كان كذلك يملك الغاصب المغصوب عند أداء البدل (دفعاً للضرر عنه) أي عن الغاصب و تحقيقاً للعدل كما في سائر المبادلات (بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر) و كلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب و إلا لم يكن تعليل الشافعي رحمه الله تعالى بذلك مناسباً و هو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله تعالى فانه قال في الأسرار قال علماؤنا رحمهم الله تعالى الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله تعالى في المبسوط و هذا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة و لهذا لا يسلم

---

(١) فغيّبها. أقول الأولى أن يقول فغابت أي العين ليشمل ما إذا كان عبدا فأبق فانه إذا ضمن قيمته ملكه أفاده الطوريّ و قال يعلم حكم التغييب بالأولى.

له الولد و لو كان الغصب هو السبب للملك لكان إذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة و المنفصلة و مع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب عدوان محض و الملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه و لا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به و لا يجوز إضافة مثله إلى الشرع قيل فيه نظر لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقاً بل بطريق الاستناد و الثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنقطعة و الاسلم أن يقال الغصب موجب لرد العين و للقيمة عند تعذر رد العين ثم يثبت الملك للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا مقصوداً بالغصب و لهذا لا يملك الولد فانه بعد الانفصال لا يبقى تبعاً و ما يثبت شرطاً يثبت تبعاً و الكسب ليس كذلك لأنه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً فيملكه الغاصب و قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فاذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب فالمالك بالخيار إن شاء انتظر إلى ظهور عبده فيأخذه و إن شاء لم ينتظر و ضمن الغاصب قيمته فلو ظهر العبد بعد ذلك فانه ينظر إن أخذ صاحبه القيمة التي سماها و رضي بها إما بتصادقهما عليها أو بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى له أن يأخذ عبده بعينه و لو أخذ القيمة بقول الغاصب و يمينه على ما يدعيه المالك من الزيادة فإن المالك بالخيار إن شاء حبس القيمة و رضي بها و سلم العبد إلى الغاصب و إن شاء رد القيمة التي أخذها و يسترد العبد و للغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة و لو مات العبد عند الغاصب قبل رد القيمة عليه فلا يرد القيمة و لكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذ و إن لم يكن فيه فضل فلا شيء له سوى القيمة المأخوذة و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال إذا ظهر العبد و قيمته مثل ما قال المالك فلا خيار للمالك و لا سبيل له على العبد و في ظاهر الرواية له الخيار من غير تفصيل و لو كان المغصوب مدبراً و أبق عند الغاصب فإنه يضمن القيمة لأن المدبر يضمن بالغصب و لكنه لا يصير ملكاً للغاصب حتى أنه لو ظهر يرده على مولاه و يسترد منه القيمة و ليس للغاصب حبسه لأجل القيمة لأنه لا يجوز بيعه و لا يجوز حبسه بالدين و إن كان المغصوب أم ولد فلا ضمان على الغاصب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن من أصله أن أم الولد ليست بمال و عندهما هي كالمدبر و فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بينهما في الغصب و ساوى بينهما في الشراء و لو قبضهما المشتري بتسليم البائع و هلكا عند المشتري فلا ضمان عليه فيهما جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يضمن القيمة فيهما جميعاً و لو

**نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال و القول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه لأن المالك يدعى الزيادة و هو ينكر و القول قول المنكر مع يمينه إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك لأنه أثبته بالحجة الملزمة**

---

جنى على كل واحد منهما وجب الأرش فيهما جميعاً على الجانى بالإجماع انتهى (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء) هذا جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه و حكم القاضى بجواز بيعه جاز البيع و فسخ التدبير و تقرير الجواب القول بالموجب يعنى نعم هو كذلك لكن هو فى ضمن قضاء القاضى فى الفصل المجتهد فيه (لكن البيع بعده) أى بعد الفسخ (يصادف القن) لا المدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق و أما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير و الكلام فيه (قال) أى القدورىّ (و القول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) و هذا لا نعلم فيه خلافا (لأن المالك يدعى الزيادة وهو ينكر) أى الغاصب ينكر تلك الزيادة (و القول قول المنكر مع يمينه) لقوله عليه الصلاة و السلام اليمين على من أنكر (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) أى من الذى يدعيه الغاصب (لأنه أثبته) أى لأن المالك أثبت ما ادعاه من الزيادة (بالحجة الملزمة) و هى البينة فان عجز عن إقامة البينة و طلب يمين الغاصب و للغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفى الزيادة و البينة على النفى لا تقبل و قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى ينبغى أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله و لو أقام البينة على ذلك قبلت و كان القاضى أبو على النسفى رحمه الله تعالى يقول هذه المسألة عدت مشكلة و من المشايخ رحمهم الله تعالى من فرق بين هذه المسألة و بين مسألة الوديعة و هو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين و بإقامة البينة أسقطها و ارتفعت الخصومة و أما الغاصب فعليه ههنا اليمين و القيمة و باقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون فى معنى المودع و فى المبسوط و الذخيرة فى دعوى الغصب ذكر الجنس و الصفة ليس بشرط كما فى سائر الدعاوى لأن محمدا رحمه الله تعالى ذكر فى الأصل إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له و أقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها و يردها على صاحبها قال الحلوانى رحمه الله تعالى ينبغى أن تحفظ هذه المسألة لأنه قال أقام بينة و لم يذكر جنسها و صفتها و قيمتها قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى تأويل المسألة أنه ذكر الجنس و الصفة و القيمة و قال أبو بكر الأعمش رحمه الله تعالى تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغاصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لأن المقصود إثبات الملك للمدعى فى المغصوب و

**قال فإن ظهرت العين و قيمتها أكثر مما ضمن و قد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك و هو للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار قال فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان و إن شاء أخذ العين و رد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة و أخذه دونها لعدم الحجة**

القضاء بالمجهول غير ممكن و لكن الأصح أن هذه الدعوى و الشهادة مقبولة بدون ذكر الجنس و الصفة للضرورة لأن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة و حين يغصب إنما يأتي من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف لأجل التعذر و يثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك الغصب بالبينة كثبوته باقراره فيحبس (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فان ظهرت العين المغصوبة و قيمتها أكثر مما ضمن) أي و الحال أن قيمتها أكثر مما ضمن الغاصب (و قد ضمنها بقول المالك) أي و الحال أنه قد ضمن الغاصب العين المغصوبة بقول صاحبها (أو ببينة أقامها) أي أو ضمنها الغاصب ببينة أقامها المالك (أو بنكول الغاصب عن اليمين) أي أو ضمنها الغاصب بنكوله عن اليمين بأن عجز المالك عن إقامة البينة على ما ادعاه فطلب يمين الغاصب فنكل عنها و حكم عليه بما ادعاه المالك (فلا (١) خيار للمالك) في هذه الصور كلها و به قال مالك رحمه الله تعالى و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى له الخيار لعدم زوال ملكه عنه عندهما (و هو) أي العين المغصوبة ذكر الضمير على تأويل المغصوب (للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار) و لم يدع الزيادة (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فان كان ضمّنه) أي فان كان المالك ضمّن الغاصب (بقول الغاصب مع يمينه فهو) أي المالك (بالخيار إن شاء أمضى الضمان و إن شاء أخذ العين و رد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة) أراد أن رضاه بهذه المبادلة لم يتم و إنما أخذه بما زعمه الغاصب ضرورة عدم البينة و إن الشيء خير من لا شيء و عدم تمام الرضى يمنع لزوم المبادلة كما إذا باع مكرهاً و سلم مكرهاً (و أخذه دونها لعدم الحجة) هذا جواب عما يقال إن أخذه القيمة و

(١)فلا خيار للمالك و كذا لا خيار للغاصب لرضاه حيث أقدم على الغصب رحمتي و ذكر ط أن له الخيار و أقول قد راجعت كثيرا فلم أظفر بصريح النقل في ذلك و الذي يقتضيه النظر ما قاله الرحمتي فان الغاصب ظالم بالغصب و بالتغييب عن المالك فاصراره على ذلك دليل الرضا و حيث كان ظالما لا يراعى جانبه يدل عليه اقتصارهم على بيان الخيار في المسئلتين من جانب المالك فقط لكونه مظلوما و قول القدوري كغيره "و هو للغاصب" ظاهر في عدم الخيار له لأن ملكه كان موقوفا على رضا المالك و قد وجد و لا سيما فيما إذا نكل فان النكول إقرار كذا في الشامية بتغيرمّا.

**و لو ظهرت العين و قيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية و هو الأصح خلافاً لما قاله الكرخي رحمه الله تعالى إنه لا خيار له لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه و الخيار لفوات الرضاء**

---

إن كانت ناقصة يدل على تمام الرضى فكانت المسألة كالأولى فأجاب بقوله و أخذه دونها أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضي لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة و هي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسألة المتقدمة لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره (و لو ظهرت العين و قيمتها) أي و الحال أن قيمتها (مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير) يعني فيما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه (فكذلك الجواب) يعني فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان و إن شاء أخذ العين و رد العوض (في ظاهر الرواية و هو الأصح) لأنه هو المذكور في الأصل مطلقاً و كذلك الطحاوي رحمه الله تعالى أطلق الرواية في مختصره (خلافاً لما قاله الكرخي رحمه الله تعالى انه لا خيار له) لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله (لأنه لم يتم رضاه) دليل قوله و هو الأصح لا دليل قول الكرخيّ (حيث لم يعط) على صيغة المجهول (له) أي للمالك (ما يدعيه) أي المالك من القيمة (و الخيار لفوات الرضاء) أي ثبوت الخيار له لفوات رضاه بما أعطى من القيمة و قد ذهب القدوريّ في شرحه لمختصر الكرخيّ إلى ما ذهب إليه الكرخيّ حيث قال فأما إذا قضى عليه بقوله ثم ظهرت العين و قيمتها مثل ما قال الغاصب أو أقل فلا سبيل لصاحبها عليها لأنه استوفى البدل و لم يظهر فيه زيادة و أما إذا كانت القيمة أكثر مما قال الغاصب فالمغصوب منه بالخيار و ذلك لأنه لم يستوف بدل العين الذى ادعاه و لم يرض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البدل فكان له الخيار ثم قال القدوريّ و كان أبو بكر الرازيّ يقول إن هذا محمول على أن هذه الزيادة لا يجوز أن تكون مما يحدث مثلها فيما بين التضمين و الظهور فأما إن كانت مما يجوز أن يحدث فادعى الغاصب أنها حدثت و ادعى المغصوب منه أنها كانت فالقول قول الغاصب مع يمينه لأن التمليك قد صح و يجوز أن يكون الأمر على ما قال الغاصب فلا يفسخ التمليك بالشك ثم قال القدوريّ و هذا الذى يقتضيه قياس قولهم عندى و لا أرويه عنهم ثم قال القدوريّ و من أصحابنا من قال لا رواية في العين إذا ظهرت و قيمتها مثل ما قال الغاصب هل يثبت للمالك الخيار أم لا و هو موضع محتمل و قد قال محمد رحمه الله تعالى في الغصب ما يدل على أنه يثبت له الخيار لأنه قال في تعليل مسألة القيمة إذا كانت ناقصة لأن المالك لم يستوف ما ادعى من القيمة و هذا يدل على أن القيمة إن كانت تامة فالخيار ثابت له لأنه لم يستوف ما قال من القيمة و

قال و من غصب عبداً فباعه فضمّنه المالك قيمته فقد جاز بيعه و إن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن الملك (١) الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة و لهذا يظهر فى حق الأكساب دون الأولاد و الناقص يكفى لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب

ذكر أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الاملاء ما يدل على أنه لا خيار له لأنه قال فى تعليل مسألة نقصان القيمة لأن المالك لم يستوف القيمة بكمالها و هذا يدل على أنه إذا استوفاها لا خيار له والله أعلم (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من غصب عبداً) أى عبد رجل (فباعه فضمّنه (٢) المالك قيمته فقد جاز (٣) بيعه) و به قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية و قال فى أخرى لا يجوز بيعه كالاعتاق و به قال الشافعى و مالك رحمهما الله تعالى كتصرفات الفضولى (و إن أعتقه) أى أعتق الغاصب العبد المغصوب ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن (٤) ملكه الثابت فيه ناقص) أى لأن ملك الغاصب الثابت فى المغضوب ناقص (لثبوته مستنداً) و الثابت بطريق الاستناد ثابت من وجه حكماً لا حقيقة فيكون ناقصاً و الناقص يكفى للبيع دون العتق على ما يجىء (أو ضرورة) أى أو يثبت ملك الغاصب ضرورة القضاء بالضمان كيلا يلزم اجتماع البدل و المبدل فى ملك واحد و الثابت بالضرورة ثابت من وجه دون وجه (و لهذا) أى و لأجل ثبوت الملك له ضرورة (يظهر فى حق الأكساب دون الأولاد) أى يظهر ثبوت ملك الغاصب فى حق الأكساب و لا يظهر فى حق الأولاد بأن غصب جارية فكسبت أكساباً قبل أداء الغاصب الضمان فالأكساب للغاصب و لو ولدت أولاداً قبل أدائه الضمان ثم أدى الضمان فالأولاد للمغصوب منه فيكون الملك ناقصا إذ لو كان تاماً لكان الأولاد للغاصب بأداء الضمان كما فى البيع فإن من اشترى جارية فولدت قبل أداء الثمن ثم أدى المشترى الثمن يكون الأم و الأولاد للمشترى لتمام الملك (و الناقص) أى الملك الناقص (يكفى لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب) فانه يملك البيع و لا يملك العتق لأن ملكه ناقص و إنما قال باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازاً عن اعتاق المشترى من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين فى رواية يصح إعتاقه و هو الأصح قياساً على

(١)الملك. ن. ملكه. (٢)فضمنه المالك الخ. قيد بتضمين المالك احترازا عما لو باعه الغاصب فباعه المالك من الغاصب أو وهبه له أو مات المالك و الغاصب وارثه فان بيع الغاصب يبطل لأنه طرأ ملك بات على موقوف على أداء الضمان فأبطله نقله أبو السعودّ عن شيخه كذا فى الشامية. (٣)جاز بيعه. أقول هذا إن ضمنه قيمته يوم الغصب قال فى جامع الفصولين قبيل الخامس و العشرين غصب شيئا و باعه فان ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز بيعه لا لو ضمنه قيمته يوم البيع اه كذا فى الشامية. (٤)لأن الملك الخ. أقول لم يرتض ابن الكمالّ هذا التعليل قال لأنه منقوض باعتاق المشترى من الغاصب و علل بأن الغصب غير موضوع لافادة الملك اه فتأمل كذا فى ردالمحتار.

قال و ولد المغصوبة و نماؤها و ثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه و قال الشافعي رحمه الله تعالى زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب و هو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه و لنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه و يد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

---

الوقف و في رواية لا يصح و في الكافي للحاكم هذا فيما إذا أعتق الغاصب أما إذا أعتق المشترى من الغاصب فأجاز المالك البيع فيه خلاف فعند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى يصح اعتاقه موقوفاً على إجازة المالك البيع فاذا أجاز نفذ على المشترى و يكون الولاء له و قال محمد و زفر رحمهما الله تعالى يصح و قال أبو سليمان هذه رواية محمد رحمه الله تعالى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و نحن سمعنا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز عتقه و قال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى عتق المشترى من الغاصب جائز و إن لم يجز صاحبه البيع و على الغاصب قيمته و إن كان مات ثم سلم رب العبد لم يجز البيع (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و ولد المغصوبة و نماؤها) أى ولد الجارية المغصوبة و نماؤها كالسمن و الجمال سواء غصبها حاملا و ولدت عنده أو حبلت في يد الغاصب (و ثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه) و به قال مالك رحمه الله تعالى و أما الكسب الحاصل باستغلال الغاصب ليس بنماء و غير مضمون على الغاصب لأنه بدل المنفعة و هي غير مضمونة على الغاصب على ما يجيء (و قال الشافعي رحمه الله تعالى زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت) كالسمن و الجمال (أو منفصلة) كالولد و الثمر و به (١) قال أحمد رحمه الله تعالى (لوجود الغصب و هو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه) فتكون مضونة (كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه) لأن ضمان الأصل باعتبار يد مبطلة عليه و هذه اليد ثابتة بعينها على الزيادة لحدوثها في ملك اليد فتصير مضمونة ضرورة (و لنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه) في أول كتاب الغصب و اثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة و هو معني قوله (و يد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) فان قيل هذا

---

(١) و به قال احمد رحمه الله تعالى كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٣٩٩ ج ٥.

و لو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع جتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه و كذا إذا تعدى فيه كما قال فى الكتاب و ذلك بأن أتلفه أو ذبحه فأكله أو باعه و سلمه و فى الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع

---

يقتضى أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه و ليس كذلك فانه لا فرق بين هذا و بين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت فى يد الغاصب و ولدت و الرواية فى الأسرار أجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيباً فى الأمة فلم يصدق عليه اثبات اليد عل مال الغير سلمنا ذلك لكن لا إزالة ثمة ظاهرا إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب أشار إليه بقوله (و لو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع) يعنى لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تقديرا تبعاً لملك الأم فانه ما أزال اليد التقديرى لأنه لا يمنعه عند الطلب بخلاف الأم فان الزائل ثمة اليد الحقيقى فيتحقق الغصب باعتباره (حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه و كذا إذا تعدى فيه كما قال فى الكتاب) أى مختصر القدورى (و ذلك بأن أتلفه أو ذبحه فأكله أو باعه و سلمه) إنما ذكر التسليم لأن التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فإن تفويت يده يحصل به لأنه كان متمكناً من أخذه من الغاصب و قد زال ذلك بالبيع و التسليم فإن قيل إن الأم مضمونة البتة و الأوصاف القارة فى الأمهات تسرى إلى الأولاد كالحرية و الرق و الملك فى الشراء أجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة فى الأم بل هو لزوم حق فى ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازاً فان قيل قد وجد الضمان فى مواضع و لم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن و إن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب و الملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد و لم يزل يداً و المغرور إذا منع الولد يضمن به الولد و لم يزل يداً فى حق الولد و يضمن الأموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر فى غير الملك و ليس ثمة إزالة يد أحد و لا إثباتها فالجواب إنما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة و أما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت كل شخص منه بشخص من العلة ما يكون تعدياً (و فى الظبية المخرجة) من الحرم هذا جواب عن قوله كما فى الظبية المخرجة من الحرم تقريره أن القياس غير صحيح لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر الفساد لأنه لا ضمان فيه و هو معنى قوله (لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع) و إن قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لأن الضمان

و إنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق و هو الشرع على هذا أكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى و لو أطلق الجواب فهو ضمان جناية و لهذا يتكرر بتكررها و يجب بالاعانة و الاشارة فلأن يجب بما هو فوقها و هو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى و أحرى

---

فيه باعتبار المنع و هو معنى قوله (و إنما يضمنه) أي الولد (إذا هلك بعده) أي بعد التمكن من الإرسال (لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق و هو الشرع) لا باعتبار أن الأم مضمونة (على هذا) أي على هذا الوجه من الجواب (أكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى) من المتقدمين (و لو أطلق الجواب) أي في ولد صيد الحرم بأن يقال يجب الضمان سواء هلك بعد التمكن من الإرسال أو قبل التمكن (فهو ضمان جناية) أي الضمان في صيد الحرم ضمان جناية أي إتلاف معنى الصيدية و قد حصل الاتلاف و الاهلاك معنى بتفويت الأمن فوجب الضمان (و لهذا) أي و لأجل كونه ضمان جناية و إتلاف (يتكرر بتكررها) أي يتكرر الجزاء بتكرر الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر و في فتاوي الولوالجي لو أخرج صيداً فكفر منه ثم رماه بعد ذلك و قتله فعليه كفارة أخرى قيل و يجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم قلت هذا له معنى و لكن الأقرب ما ذكر أولاً (و يجب) أي الضمان (بالاعانة) بأن أعان رجل لمن قتل صيد الحرم فانه يجب على المعين أيضاً جزاء كامل كما يجب على القاتل إذا كانا محرمين و أما إذا كانا حلالين فعليهما جزاء واحد و على كل حال يجب على المعين كما يجب على المباشر (و الإشارة) بأن أشار غيره على صيد الحرم فقتله فانهما مشتركان في الجزاء و كذا المحرم إذا أشار محرماً آخر على قتل صيد الحل فانه يجب على كل منهما جزاء (فلأن يجب بما هو فوقها) أي فوق الاعانة و الاشارة (و هو إثبات اليد على مستحق الأمن) و هو صيد الحرم لأنه مستحق الأمن بالنص (أولى) خبر لقوله فلأن يجب و أن مصدرية و التقدير فالوجوب بما هو فوقها أولى (و أحرى) عطف على أولى و هو أيضاً بمعناه ذكر للتأكيد فان قيل تفويت الأمن في حق صيد الحرم سبب صالح لوجوب الضمان لا في حق كل الصيود و الولد ليس بصيد الحرم بدليل أنه يحل بيعه و أكله فلو كان صيد الحرم لما حل و لأن تفويت الأمن يتصور بعد ثبوته في حق الولد لأنه كما حدث حدث خائفا فلا يتصور تفويت الأمن في حق الخائف أجيب بأن الولد لم يكن صيد الحرم من كل وجه بل من وجه بدليل

قال و ما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر (١) النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يجبر (٢) النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابراً لملكه كما في ولد الظبية و كما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم و بالولد وفاء و صار

أنه يجب إرساله و أكله و إن كان يحل و لكنه يكره و إنه و إن حدث خائفاً و لكنه مستحق للأمن فصار كالآمن حكماً فافهم (قال) أي القدوري (و ما نقصت (٣) الجارية بالولادة في ضمان (٤) الغاصب) قوله و ما مبتدأ أي و الذي نقصت الجارية و قوله في ضمان الغاصب خبره و العائد إلى الموصول محذوف أي و الذي نقصته الجارية صورته غصب أمة رجل تساوي ألفاً مثلاً فولدت في يده ولداً قيمته خمسمائة مثلاً و انتقصت بالولادة حتى صارت قيمتها خمسمائة فانه يضمن النقصان و لكنه ينجبر بالولد على ما يأتي مفصلا و به قال مالك رحمه الله تعالى إذا حبلت بعد الغصب أما لو غصب حاملا ضمن بعد الولادة و لا ينجبر بالولد و عندنا ينجبر (فان كان في قيمة الولد وفاء به) أي بالذي نقص الجارية و هذا تفسير لقوله و ما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فلذلك ذكره بالفاء أي فان كان قيمة الولد تفي ذلك النقصان (جبر النقصان بالولد (٥) وسقط ضمانه) أي ضمان ما نقصت (عن الغاصب) لأنا قد قلنا في الصورة المذكورة أن نقصان الجارية خمسمائة و قيمة الولد خمسمائة فجبر ذلك النقصان برد الولد مع الأم و لا يلزمه غير ذلك عندنا (و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يجبر النقصان بالولد) و به قال أحمد رحمه الله تعالى (لأن الولد ملكه) أي ملك المالك (فلا يصلح جابراً لملكه) لأن الضمان جبر ما فات منه و لم يوجد (كما في ولد الظبية) إذا أخرجها من الحرم و نقصت قيمتها بسبب الولادة و قيمة ولدها تساوى ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما إلى الحرم (و كما إذا هلك الولد قبل الرد) أي قبل رد الأم فانه يجب ضمان النقصان (أو ماتت الأم) أي بسبب الولادة هكذا نص في الأسرار و الايضاح (و بالولد وفاء) أي و الحال أن بقيمة الولد وفاء (وصار) أي

(١)جبر. ن. انجبر. (٢)لا يجبر. ن. لا ينجبر. (٣)نقصت أي انتقصت لأن نقص يجيء لازما و متعديا و ههنا لازم ابن ملك كذا في الشامية. (٤) في ضمان الغاصب. هذا إذا حبلت عند الغاصب أو زنت بعبد الغاصب أما إذا كان الحبل من الزوج أو المولى لا ضمان كذا في الجوهرة. و في الطورى عن المحيط: غصبها حاملا أو مريضة فماتت في يده من ذلك ضمنها و بها ذلك العيب. (٥)بالولد أي بقيمته إن نزل حيا أو بغرته لو ضرب الغاصب أو غيره بطنها فألقته ميتا و هي نصف عشر قيمته حيا لو ذكرا و عشر قيمته لو أنثى قال في الاختيار لأنها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه كذا في الشامية.

كما إذا جزّ صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم و لنا أن سبب الزيادة و النقصان واحد و هو الولادة أو العلوق على ما عرف و عند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً و صار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطع يد المغصوب في يده و أخذ أرشها و أداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع و ولد الظبية ممنوع

---

حكم هذا (كما إذا جزّ صوف شاة غيره) فنبت صوف آخر مكانه (أو قطع قوائم شجر غيره) فنبتت قوائم أخرى مكانها (أو خصى عبد غيره) بأن قلع خصيتيه فانه نقصان فيه و لكن ازدادت قيمته بسبب الخصي (أو علّمه الحرفة) أي أو علّم عبد غيره الحرفة (فأضناه التعليم) فانه لا ينجبر الصوف بالصوف و القوائم بالقوائم و لا ما نقص من الجزء بالخصاء و التعليم بما زاد من القيمة فيه (و لنا أن سبب الزيادة و النقصان واحد و هو) أي السبب (الولادة) عندهما (أو العلوق) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (على ما عرف) في طريقة الخلاف تقرير هذا أن الولد خلف من الجزء الفائت بالولادة بطريق اتحاد السبب و هو أن الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الأصل و حدوث مالية الولد لأن الولد و إن كان موجوداً قبل الانفصال لكنه ما كان مالاً و إنما صار مالاً مقصوداً بعد الإنفصال و السبب الواحد متى أثر في الزيادة و النقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع و أدخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفاً عن مالية المبيع باتحاد السبب حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيئاً (و عند ذلك) أي عند كون الشيء الواحد سبباً للزيادة و النقصان (لا يعد نقصاناً) أي لا يعد النقصان الحاصل نقصاناً لحصول الزيادة في مقابلته (فلا يوجب ضماناً) أي إذا كان كذلك فلا يوجب النقصان ضماناً ثم أوضح ذلك بقوله (و صار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سطقت ثنيتها ثم نبتت) أي ثنيتها عوض الساقطة و الثنية (١) واحدة الثنايا و هي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق و اثنتان أسفل سميت بذلك لأن كل واحدة منها مضمومة إلى صاحبها (أو قطع يد المغصوب في يده) أي في يد الغاصب (و أخذ أرشها) أي و أخذ الغاصب أرش اليد المقطوعة من الجاني (و أداه مع العبد) أي أدى الغاصب الأرش مع العبد إلى المالك (يحتسب عن نقصان القطع و لم يعتبر النقصان لكونه إلى خلف (و ولد الظبية ممنوع) هذا جواب عن قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى كما في ولد الظبية و تقريره لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد كما قالا

---

(١) الثنية الخ. كذا في المغرب مادة ثنى ص ١٢٤ ج ١.

**و كذا إذا ماتت الأم و تخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لا تفضي إليه غالباً و بخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه**

---

بل قيل إنه يصلح أن يكون جابراً و إليه ذهب المصنف فعلى هذا يمنع قياسهما عليه (و كذا إذا ماتت الأم) يعنى أن القياس على موت الأم أيضاً ممنوع يعنى لا نسلم أن الأم إذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد إذا كان فيها وفاء بل تنجبر كما قيل فى غير ظاهر الرواية (و تخريج الثانية) أى الرواية الثانية فيما إذا ماتت الأم لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد و هى ظاهر الرواية الحاصل أن ههنا فى مسألة موت الأم روايتان فى إحديهما ينجبر النقصان فلا يتأتى علينا و فى الثانية لا ينجبر و يتأتى علينا ظاهراً و لكن أشار إلى الجواب عنه بقوله (أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لا تفضى إليه غالبا) أى لا تفضى الولادة إلى الموت فى غالب الأحوال أراد أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحداً و ههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة و ليست بسبب لموت الأم إذ لا تفضى إليه غالباً فإن قلت إنها أفضت إليه فى هذه الصورة فتكون سبباً قلت الأصل هو النظر إلى أوضاع أسباب التصرفات لا إلى أفرادهما ألا ترى أن الصبى لا يؤهل للطلاق و العتاق و إن تحقق النفع فى صورة لأنهما فى الأصل سببان للمضرة و روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى رواية أخرى و هو أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة و يضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم لأن الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الأم و رد القيمة كرد العين و لو رد عين الجارية كان النقصان مجبوراً بالولد فكذا إذا رد قيمتها فصار فيه ثلاث روايات و ذكر فى الطريقة البرهانية إذا ماتت الأم و بالولد وفاء فقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى ثلاث روايات فى رواية يصير الولد خلفاً عن الأم و فى رواية لا يكون خلفاً و فى رواية يكون خلفاً عما انتقصت بالولادة قال فنحن نختار الرواية التى قال فيها إن الولد يكون خلفاً عن الأم (و بخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد) هذا جواب عن قولهما و كما إذا هلك الولد قبل الرد و وجهه أن كلامنا فيما إذا رد الامام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد و إذا كان الولد هالكاً كيف ينجبر النقصان به و هى معنى قوله (لأنه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه) يعنى أن الواجب عليه رد الأصل بالصفة التى أخذها و ما ردها بتلك الصفة و إنما تكون تلك الصفة مع النقصان لو ردها مع الولد الذى هو خلف عن النقصان فاذا لم يرد الولد الذى هو

و الخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة و لا إتحاد فى السبب فيما وراء ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع و الجز و سبب الزيادة النمو و سبب النقصان التعليم و الزيادة سببها الفهم قال و من غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها

---

خلف عن النقصان فلا يبرأ (و الخصاء) على وزن فعال لأنه مصدر خصى يخصى يعنى أنه ممدود (لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة) فلم يكن له إعتبار فى الشرع لأنه أمر حرام ورد النهى عنه (و لا إتحاد فى السبب) جواب عن مسألة جز صوف الشاة و قطع قوائم الشجر و تعليم العبد الحرفة أراد أن كلامنا فيما إذا اتحد السبب و لا إتحاد فى السبب (فيما وراء ذلك من المسائل) أى فيما وراء ما ذكرنا من مسألة موت الأم و موت الولد و الخصاء و أراد من المسائل مسألة جز صوف الشاة و مسألة قطع قوائم الشجر و مسألة تعليم الحرفة لعبد غيره (لأن سبب النقصان القطع و الجز) أى القطع فى قوائم الشجر و الجز فى صوف الشاة و سبب الزيادة كون المحل منبتاً لا القطع فاذا كان السبب مختلفاً لم تجعل الزيادة خلفاً (و سبب الزيادة النمو) و هو كون المحل منبتاً كما ذكرنا فاختلف السببان و كلامنا فى المتحد (و سبب النقصان التعليم) فى العبد لأنه يوجب المشقة فيحصل به الهزال (و الزيادة سببها الفهم) و هو جودة الذهن و الحذاقة و لهذا يشترك الاثنان فى التعليم و يسبق أحدهما الآخر فى التعليم لسرعة فهمه فاذا كان كذلك فقد اختلف السبب و كلامنا فى المتحد فان قيل المذكور جواب المستشهد بها و أصل نكتة الخصم و هو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابراً لنقصان وقع فى ملكه فهو على حاله أجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً و إذا لم يكن نقصاناً لم يحتج إلى جابر فإطلاق الجابر عليه توسع فى العبارة فان قيل لو كان الولد خلفاً و بدلاً عن النقصان لما بقى ملكاً للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان فى ملك واحد أجيب بأنه ملك المولى لا محالة و من حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فإذا ارتفع النقصان بطل الخليفة و بقى فى ملك المولى فإن قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفاً عن المضمون فالجواب ما أشار إليه المصنف رحمه الله تعالي من عدم عده نقصاناً لا تضمينه و هذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثانى أيضاً فلله در المصنف عالماً ما أدق تحريره و ما أزكى قريحته و ما أمعن نظره (قال) أى محمد رحمه الله تعالى الجامع الصغير (و من غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها و ماتت (١) فى نفاسها

---

(١) ماتت فى نفاسها الخ. و فى الشامية: قال قاضيخان و ماتت فى الولادة أو فى النفاس فان على قول =>

**و ماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت و لا ضمان عليه في الحرة هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يضمن في الأمة أيضاً لهما أن الرد قد صح و الهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك و هو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا حمّت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده**

---

يضمن قيمتها يوم (١) علقت) صورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت و ليس عليه في الحرة ضمان و قال أبو يوسف محمد رحمهما الله تعالى لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها انتهى و قال الصدر الشهيد في شرحه يريد به إذا زنى بها مكرهة أو مطاوعة قال محمد رحمه الله تعالى ذكره مطلقاً و لم يقيده بحالة الطواعية و إنما قيد بالحبل من الزنا لأنه إذا كان من الزوج أو المولى فلا ضمان ثم إن المصنف رحمه الله تعالى لم يتابعه في قوله ثم يردها فتحبل لأنه قدم الحبل حيث قال فحبلت ثم ردها لبيان أن الحبل كان موجوداً وقت الرد و هكذا هو في عامة النسخ و وقع في بعض النسخ ثم ردها فتحبل بتقديم الرد متابعة لما قاله في الجامع الصغير قوله علقت بكسر اللام يقال علقت المرأة علوقاً إذا حبلت (و لا ضمان عليه في الحرة) لأنها لا يضمن بالغصب (هذا) أي وجوب الضمان (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يضمن في الأمة أيضاً) إلا نقصان الحبل و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن الرد قد صح) لأنه أوصل الحق إلى المستحق و صحته توجب البراءة عن الضمان (و الهلاك بعده) جواب عما يقال لا نسلم صحة الرد حيث هلكت بسبب كان عنده فقال و الهلاك بعده أي بعد الرد كان (بسبب حدث في يد المالك و هو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب (فلا يضمن الغاصب كما إذا حمّت) أي إذا حصل للجارية حمى (في يد الغاصب ثم ردها فهلكت) حيث لا يضمن الغاصب قيمتها و لكن يضمن النقصان (أو زنت في يده) أي في يد

---

=> أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن كان ظهر الحبل عند المولى لأقل من ستة أشهر من وقت رد الغاصب ضمن قيمتها يوم الغصب اه و قال في المواهب عليه قيمتها يوم العلوق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا عليه نقص الحبل على الأصح اه شرنبلالية. (١)يوم علقت كذا في المجمع وغيره و بحث فيه في اليعقوبية أنه ينبغي أن يكون يوم الغصب فراجعها و يوافقه ما قدمناه آنفا عن قاضيخان كذا في الشامية.

ثم ردها فجلدت فهلكت منه و كمن اشترى جارية قد حبلت فى (١) يد البائع فولدت عند المشترى و ماتت فى نفساها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن و له أنه غصبها و ما انعقد فيها سبب التلف و ردّت و فيها ذلك فلم يوجد الردّ على الوجه الذى أخذه فلم يصح الرد و صار كما إذا جنت فى يد الغاصب جناية فقتلت بها فى يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد و فى فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم و ما ذكرناه شرط

---

الغاصب (ثم ردها فجلدت فهلكت منه) أى من الجلد حيث لا يضمن الغاصب قيمتها و لكن يضمن النقصان (و كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشترى) و الحال أن المشترى لم يعلم بالحبل (و ماتت فى نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن) و لكن يرجع بنقصان الحبل قيد بقوله فى نفاسها لأنه إذا ماتت بالولادة تضمن بالاجماع (و له) أى و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه غصبها و ما انعقد فيها سبب التلف) أى أن الغاصب غصب الجارية و الحال أنه ما كان انعقد فيها سبب التلف يعنى وقت الأخذ كانت فارغة ليس بها ما يفضى إلى التلف (و ردت و فيها ذلك) أى و ردت الجارية و الحال أن فيها سبب التلف (فلم يوجد الردّ على الوجه الذى أخذه فلم يصح الرد) لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذى أخذه (و صار كما إذا جنت فى يد الغاصب جناية فقتلت بها) أى بالجناية أى بسببها (فى يد المالك أو دفعت بها) أى بالجناية أى بسببها إلى ولى الجناية (بأن كانت الجناية خطأ يرجع) أى المالك (على الغاصب بكل القيمة كذا هذا) أى حكم المسألة المتنازع فيها (بخلاف الحرة) إذا زنى بها رجل كرهاً فحبلت فماتت فى نفاسها (لأنها) أى لأن الحرة (لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد (٢) الرد) بكونها حبلى و لهذا لو هلكت عنده بدون الزنا لا يضمن بالاجماع (و فى فصل الشراء) هذا جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق و هو أن فصل الشراء (الواجب) على البائع (ابتداء التسليم) أى تسليم المبيع على الوجه الذى وقع عليه العقد و قد تحقق ذلك منه و موتها بالنفاس لا يعد التسليم (و ما ذكرناه) أى ما ذكرنا من وجوب الرد على الوجه الذى أخذه عليه (شرط

---

(١)فى يد البائع. ن. عند البائع. (٢)بعد فساد الرد. زاد الزيلعىّ و لا يجب ردها أصلا قال الرملىّ سيأتى فى الجنايات أن من خدع إمرأة رجل يحبس حتى يردها أو يموت فلعل ما هنا قياس و ما هناك إستحسان قطعا للفساد تأمل كذا فى الشامية.

**صحة الرد و الزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح و لا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال و لا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان و قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمنها فيجب أجر المثل**

---

صحة الرد) و لم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد بشرطه و هو تمثيل فاسد و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى و تحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء و لهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذى هو مال متقوم و قد وجد فلا يرجع المشترى عليه بالهلاك في يده و أما الغصب فالأوصاف داخلة فيه و لهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب و ردها كذلك فانه يضمن النقصان و إذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها رداً فاسداً و أما إذا حمّت في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بها من الحمى و الضعف وقت الموت و يحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف إلى سبب قائم في يد الغاصب بالشك (و الزنا سبب لجلد مؤلم) جواب عن قولهما أو زنت في يده إلى آخره و تقريره أن الزنا الذى وجد في يد الغاصب إنما كان سببا لجلد مؤلم (لا جارح و لا متلف) و لما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن و هو معنى قوله (فلم يوجد السبب) و هو الجلد المتلف (في يد الغاصب فلا يضمن قال) أي القدوري (و لا يضمن الغاصب منافع ما غصبه) و قال في إشارات الأسرار المنافع لا تضمن سواء صرفها لنفسه أو عطلها على المالك و قال في الطريقة البرهانية المنافع لا تضمن بالغصب و الاستهلاك في قول علمائنا رحمهم الله تعالى و صورة المسألة رجل غصب عبداً فأمسكه شهراً حتى صار غاصباً للمنافع أو استعمله حتى صار مستهلكاً لها عندنا لا تضمن هذه المنافع و قال صدر الإسلام البزدوي رحمه الله تعالى في شرح الكافي ليس على الغاصب في ركوب الدابة و سكنى الدار أجر و هو مذهب علمائنا (إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) أي إلا أن ينقص عين المغصوب باستعماله فحينئذ يضمن النقصان (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمنها) أي المنافع (فيجب أجر المثل) هذا تفسير الضمان عنده يعنى أن المنافع مضمونة بأجر المثل عنده و به قال أحمد رحمه الله تعالى واختلف أصحاب مالك و ذكروا أنها لا تضمن كقولنا في صورة الغصب و كذا في صورة الإتلاف و عن ابن القاسم يضمن غلة الرباع و الإبل و الغنم و لا يغرم غلة العبيد و الدواب و قال بعضهم إن سكنها يجب أجر المثل و إن عطلها لا

و لا فرق في المذهبين بينما إذا عطّلها أو سكنها و قال مالك رحمه الله تعالى إن سكنها يجب أجر المثل و إن عطّلها لا شيء عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب و لنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعاً لحاجته و الانسان لا يضمن ملكه كيف و أنه لا يتحقق غصبها و إتلافها لأنه لا بقاء لها و لأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها و بقاء الأعيان

---

(و لا فرق في المذهبين) أي مذهبنا و مذهب الشافعي رحمه الله تعالى (بينما إذا عطلها أو سكنها) و ربما سمى الأول غصباً و الثاني إتلافاً في شمول العدم عندنا و شمول الوجود عنده (و قال مالك رحمه الله تعالى إن سكنها يجب أجر المثل و إن عطّلها لا شيء عليه) لأنه انتفع في الأول دون الثاني (له) أي للشافعي رحمه الله تعالى (أن المنافع أموال متقومة) أما كونها أموالاً فلأنها تصلح صداقاً و أما كونها متقومة فلأن التقوم عبارة عن العزة و المنافع عزيزة عند الناس و لهذا يبذلون الأعيان لأجلها (حتى تضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع (فكذا بالغصوب) أي فكذا تضمن بالغصوب لأن العقد لا يجعل غير المتقوم متقوماً كما لو ورد على الميتة (و لنا أنها) أي المنافع (حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه) أي تصرفه و قدرته و كسبه (إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها) لأن ما حدث في إمكان الرجل فهو ملكه (دفعاً لحاجته) لأن الملك لم يثبت للعبد إلا دفعاً لحاجته إلى إقامة التكاليف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل (و الانسان لا يضمن ملكه) أي ملك نفسه و التحقيق أن من استولى على شيء يملكه إلا إذا تضمن الاستيلاء لإزالة يد مالكه فحينئذ لا يملكه و ههنا لم يتضمن فيملكه المستولى عليه دفعاً لحاجته (كيف و أنه) أي كيف يكون الضمان و أن الشأن (لا يتحقق غصبها و إتلافها) أي غصب المنافع و إتلافها (لأنه لا بقاء لها) أي للمنافع لأنها أعراض تتلاشى و ما لا يبقى لا يتصور غصبه و إتلافه إذ إتلاف الشيء و غصبه إنما يرد في حال بقائه (و لأنها) أي و لأن المنافع أراد و لئن سلمنا تحقق غصب المنافع و إتلافها لكن شرط الضمان المماثلة و المنافع (لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها) أي فناء المنافع (و بقاء الأعيان) فلم توجد المماثلة فلا تضمن فان قيل يرد عليه ما إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء و البقاء غير معتبرة أجيب بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق و باق لا بين باق و أبقى فكان السوال غير وارد و هذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرتين لا بين جوهر و عرض ألا ترى أن بيع الثياب بالدراهم جائز و إن كان أحدهما يبلى دون الآخر فإن قيل يرد أيضاً ما إذا استأجر الوصي

و قد عرفت هذه المآخذ في المختلف و لا نسلم أنها متقومة فى ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد و لم يوجد العقد إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين.

---

لليتيم ما يحتاج إليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة و لو كان ما ذكرتم صحيحاً لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن أجيب بأنه لما جاز مع وجود التفاوت دل على أن القربان الأحسن فى مال اليتيم هو ما لا يعد عيباً فى التصرفات فإن قلت ما ذكر يفضى إلى اهدار حق المالك و هو مظلوم و رعاية جانب الغاصب و هو ظالم قلت حق المالك يتراخى إلى دار الآخرة و حق الغاصب فى الزيادة يفوت أصلا و التأخير أهون من الابطال فان قلت كلامنا فى أحكام الدنيا قلت بلى لكن المماثلة شرط على ما بينا و حق المالك يفوت فى الدنيا لا فى الآخرة فيكون فائتا من وجه دون وجه و حق الغاصب فى الزيادة يفوت فى الدارين فيكون فائتاً من كل وجه فكان تحمل أدنى الضرر أولى (و قد عرفت هذه المآخذ) و هو جمع مأخذ أى العلل التى هى مناط الحكم أو أراد ما ذكره أولاً بقوله أنها حصلت فى ملك الغاصب و ثانياً بقوله انه لا يتحقق غصبها و إتلافها و ثالثا بقوله لأنه لا تماثل الأعيان إلى آخره (فى المختلف) أراد به مختلف الفقيه أبى الليث رحمه الله تعالى هكذا قال الأترازى و تبعه على ذلك صاحب العناية و لكن لم لا يجوز أن يكون أراد به مختلف الطريقة بيننا و بين الشافعي رحمه الله تعالى فان هذه المسألة من جملة المسائل المذكورة فى علم الخلاف بل الظاهر أن مراده هذا و تخصيص مختلف أبى الليث تحكم فافهم (و لا نسلم أنها متقومة فى ذاتها) هذا جواب عن قوله المنافع أموال متقومة و تقريره إنا لا نسلم أن المنافع أموال متقومة فى ذاتها لأن التقوم لا يسبق الوجود و الاحراز و ذلك فيما لا يبقى غير متصور (بل تتقوم ضرورة) أى لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد و لم يوجد العقد) فى المتنازع فيه (إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه) هذا استثناء منقطع أى لكن ما ينقص بسبب استعماله مضمون عليه و قيد باستعماله بحسب الغالب لأن النقص غالباً يكون بالاستعمال و لكن الحكم ثابت فيما إذا انتقص بدون استعماله (لاستهلاكه بعض أجزاء العين) أى لاستهلاك الغاصب بعض أجزاء العين المغصوبة قال مشايخنا رحمهم الله تعالى هذا إذا لم يكن معداً للاستغلال فان كان معداً له يضمن المنافع بالغصب و الإتلاف و فى الفتاوى الكبرى منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معداً للاستغلال أو لا نظراً للوقف و فى المجتبى و أصحابنا المتأخرون رحمهم الله تعالى

## فصل في غصب ما لا يتقوم

قال و إذا أتلف المسلم خمراً لذمي أو خنزيره ضمن فإن أتلفهما لمسلم لم يضمن

يفتون بقول الشافعي رحمه الله تعالى في المستغلات و الأوقاف و أموال اليتامى و يوجبون أجر منافعها على الغصبة ثم في مسئلة فتح رأس التنور المسجور إنما يضمن قيمة الحطب مع أن غصب المَنافع و إتلافها غير متصور لما أنه أتلف ما هو المقصود من تسخين التنور فصار هذا بمنزلة إستهلاك العين فلذلك ضمن الحطب.

(فصل في غصب ما لا يتقوم)

ذكره عقيب غصب ما يتقوم هو المناسبة (قال) أي القدورى رحمه الله تعالى في مختصره (إذا أتلف المسلم خمراً (١) لذمي أو خنزيره ضمن) و هذا على أربعة أوجه الأول إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره فانه يضمن عندنا هكذا ذكره القدوري في مختصره و في شرحه لمختصر الكرخي و ذكر صدر الإسلام البزدوي في شرح الكافي و لو أتلف مسلم على ذمي خنزيراً على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن شيئاً و على قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمته و هذا كما ترى ذكر الخلاف و هو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الذي مر في كتاب النكاح فيما إذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فلها الخمر و الخنزير إذا كانا عينين و إن كانا دينين فالجواب على التفصيل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ففي الخمر تجب القيمة و في الخنزير مهر المثل على ما عرف هناك الثاني إتلاف المسلم خمر المسلم أشار إليه بقوله (فان (٢) أتلفهما) أي فان أتلف المسلم الخمر و الخنزير الكائنين (لمسلم لم يضمن) بلا خلاف ووقع في بعض النسخ إن أتلفها بتوحيد الضمير فلذلك قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى قوله و إن أتلفها أي أتلفهما نظير قوله تعالى ﴿و إذا (٣) رأوا تجارة أو لهواً انفضوا إليها﴾ و نظير قوله تعالى ﴿و الذين (٤) يكنزون الذهب و الفضة و لا ينفقونها﴾

(١)خمرا لذمي أو خنزيره. أطلقه فشمل ما إذا أظهر الذمي بيعهما. قال في المنح عن المجتبى ذمي أظهر بيع الخمر و الخنزير في دارالاسلام يمنع منه فان أراقه رجل أو قتل خنزيره ضمن إلا أن يكون إماما يرى ذلك فلا يضمن الزق و لا الخنزير و لا الخمر لأنه مختلف فيه اه و نقل ط عن البرهان تقييد الاطلاق بما إذا لم يظهرها تأمل كذا في الشامية. (٢)فان أتلفهما لمسلم الخ. و في جواهر الفتاوى مسلم غصب من مسلم خمرا هل يجب على الغاصب أداء الخمر إليه حتى لو لم يردها يؤاخذ به يوم القيامة إذا علم قطعا أنه يستردها ليخللها يقضى بردها إليه و إن علم أنه يستردها ليشربها يؤمر الغاصب بالاراقة كمن في يده سيف لرجل فجآء مالكه ليأخذه منه إن علم أنه يأخذه ليقتل به مسلما يمسكه إلى أن يعلم أنه ترك هذا الرأى اه منح كذا في الشامية. (٣)و إذا رأوا الآية. الجمعة: ١١. (٤)و الذين يكنزون الآية. التوبة: ٣٤.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يضمنهما للذمى أيضاً و على هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمى على ذمى أو باعهما الذمى من الذمى له أنه سقط تقومهما فى حق المسلم فكذا فى حق الذمى لأنهم أتباع لنا فى حق الأحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم و هو الضمان و لنا أن التقوم باق في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا و الخنزير لهم كالشاة لنا و نحن أمرنا بأن نتركهم و ما يدينون

---

الثالث إتلاف الذمى خمر المسلم فانه لا يضمن بلا خلاف و هذا لم يذكره المصنف (و قال الشافعي رحمه الله تعالى أنه) أى المسلم (لا يضمنهما) أى الخمر و الخنزير الكائنين (للذمى أيضاً) أى كما لا يضمن إذا كانا لمسلم و به قال احمد رحمه الله تعالى (و على هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور بيننا و بين الشافعي رحمه الله تعالى (إذا أتلفهما ذمي على ذمي) و هذا هو الوجه الرابع و بقول الشافعي رحمه الله تعالى قال أحمد رحمه الله تعالى أيضاً و بقولنا قال مالك رحمه الله تعالى (أو باعهما الذمى من الذمى) أى أو باع الذمى من الذمى الخمر و الخنزير فانه يجوز عندنا خلافاً للشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى (له) أى للشافعي رحمه الله تعالى (أنه سقط تقومهما) أى تقوم الخمر و الخنزير (فى حق المسلم فكذا فى حق الذمي لأنهم أتباع لنا فى حق الأحكام) أى لأن أهل الذمة أتباع للمسلمين فى حق الأحكام لقوله عليه الصلاة و السلام فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين و عليهم ما على المسلمين فبين أن كل حكم يثبت في حق المسلم يثبت في حق الذمى (فلا يجب باتلافهما مال متقوم) أى إذا كان كذلك فلا يجب باتلاف الخمر و الخنزير الذين ليسا بمتقومين مال متقوم (و هو الضمان) أى ما يضمن به (و لنا أن التقوم باق فى حقهم) دل على ذلك ما رواه أبو يوسف رحمه الله تعالى فى كتاب الخراج تصنيفه فى فصل من تجب عليه الجزية و قال حدثنا ابراهيم بن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر ابن الخطاب رضى الله تعالى عنه واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغنى أنكم تأخذون فى الجزية الميتة و الخنزير فقال بلال رضى الله تعالى عنه أجل إنهم يفعلون ذلك فقال عمر رضى الله تعالى عنه فلا تفعلوا و لكن ولّوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم وجه الاستدلال بذلك أن عمر رضى الله تعالى عنه أذن لهم فى بيعها و سمّى العقد عليها بيعاً و بدلها ثمناً و الثمن لا يجب إلا فى عقد صحيح فدل على التقوم و هذا لأن قضايا عمر رضى الله تعالى عنه ما كانت تخفى على الصحابة رضى الله تعالى عنهم و لم يثبت التنكير منهم على ذلك فحل محل الإجماع (إذ الخمر لهم كالخل لنا و الخنزير لهم كالشاة لنا و نحن أمرنا بأن نتركهم و ما يدينون) يعنى لا نجادلهم على الترك و الخمر

و السيف موضوع فيتعذر الالزام و إذا بقى التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة و الدم لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولهما إلا أنه يجب قيمة الخمر و إن كان من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه إعزازاً لها

كانت متقومة فى شريعة من قبلنا و فى صدر شريعتنا و الأصل أن ما ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل و المزيل و هو قوله تعالى ﴿رجس (١) من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ وجد فى حقنا بدليل السياق و السباق فبقى فى حق من لم يكن يدخل تحت الخطاب على ما كان من قبل فإن قلت روى فى حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قال إن الله لعن الخمر و حرم ثمنها و لعن الخنزير و حرم ثمنه قلت نحن نقول بموجب ذلك و هما حرام علينا و لكنهم أقروا على ذلك فكانا حلالاً لهم فان قلت الخمر نجس العين فلا يكون مالاً لقوله عليه الصلاة و السلام حرمت الخمر لعينها و لا يضمن بالاتلاف قلت حرام لعينها علينا لا عليهم لأن الخطاب فى الآية خاص فإن قلت قال الله تعالى ﴿و أن (٢) احكم بينهم بما أنزل الله﴾ أى بين أهل الذمة و مما أنزل الله حرمة الخمر و الخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتهما قلت المراد منه ما أنزل الله مطلقاً لا ما أنزلت على المؤمنين خاصة كنكاح المشركات فإن قيل ينتقض هذا بما إذا مات المجوسى عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح و صحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها فى جميع الأديان إذا لم يوجد المانع و لم يوجد فى ديانتهم ثم لم نتركهم و ما يدينون أجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان (و السيف موضوع) يعنى إبطال ما يزعمونه من المالية إنما يكون بالسيف و السيف موضوع أى متروك فى حقهم لعقد الذمة (فيتعذر الإلزام) على ترك التدين فهذا يقتضى بقاء التقوم (و إذا بقى التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه) لأن الضمان موجب إتلاف المال المتقوم (بخلاف الميتة و الدم) هذا جواب للمقيس عليه للشافعى رحمه الله تعالى و لم يذكره فى الكتاب (لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولهما) أى تمول الميتة و الدم قيل المراد من الميتة التى ماتت حتف أنفها أنها أما الذى خنقوه أو ضربوه حتى مات كما يفعله المجوس فعند أبى يوسف رحمه الله تعالى يضمنها المسلم بالغصب و الإتلاف و قال محمد رحمه الله تعالى لا يضمن كالميتة (إلا أنه يجب قيمة الخمر) أى إلا أن الشأن يجب قيمة الخمر لا مثلها (و إن كان من ذوات الأمثال) و إنما ذكر الضمير فى قوله و إن كان بتأويل الشراب أو المذكور (لأن المسلم ممنوع عن تمليكها) أى تمليك الخمر (لكونه إعزازاً له) أى لكون التمليك إعزازاً للخمر و

(١) رجس من عمل الشيطان الآية. المآئدة: ٩٠. (٢) و أن احكم الآية. المآئدة: ٤٩.

بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر و تملكها و هذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم و بخلاف العبد المرتد يكون للذمي

---

في بعض النسخ إعزازاً لها بتأنيث الضمير على الأصل و أما التذكير فعلى التأويل الذى ذكرناه فان قلت ما الفرق بين ما إذا أتلف مسلم خمر ذمي حيث تجب قيمتها و بين ما إذا أتلف ذمي خمر ذمي ثم أسلم حيث لا يجب عليه شيء لا القيمة و لا الخمر عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و هي رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و الرواية في المبسوط و الإسلام المقارن لا يمنع وجوب القيمة فالطارىء أولى قلت الفرق أنه حين أتلفه لم يكن إتلافه سبباً لوجوب القيمة لأنه لا يوجد بعد ذلك سبب الوجوب و عند محمد رحمه الله تعالى و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه قيمة الخمر لأنه لا يمكن إيجاب الخمر لأنه مسلم و لا يمكن إبراؤه عن الضمان لأن المتلف عليه ذمي و الخمر في حقه مال متقوم و قد أمكن إيجاب القيمة فتجب أما في الخنزير يبقى الضمان بإسلامه أو إسلام أحدهما بالاتفاق لأن الواجب هو القيمة و الإسلام لا ينافيها (بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين) هذا متصل بقوله لأن المسلم ممنوع عن تمليكه يعني أن المسلم لما كان ممنوعاً عن تمليك الخمر وجب عليه قيمة الخمر إذا أتلفها بخلاف ما إذا باعها ذمي من ذمي (لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر و تملكها) و لذلك إذا أتلف ذمي خمر ذمي يجب عليه مثلها و قال القدوري رحمه الله في شرحه لمختصر الكرخي رحمه الله فيمن أتلف صليبا على نصراني ضمن قيمته صليبا لأنا أقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر التي هم المقرون عليها و قد قال أصحابنا إن الذمي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم إلا شرب الخمر و أكل الخنزير لأنا استثنيناه بالأمان و لو غنوا و ضربوا بالعيدان منعناهم من ذلك كله كما نمنع المسلمين لأنه لم يستثن بعقد الامان كذا ذكره القدوري رحمه الله في شرحه (و هذا بخلاف الربا) أي عدم التعرض في مبايعتهم بخلاف الربا فإنه يتعرض لهم في إبطال عقد الربا حتى لو باعا درهماً بدرهمين يسترد الدرهم الزائد و قال الأترازي رحمه الله أي هذا الذى ذكرناه من كون االذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر بخلاف الربا فإنه ممنوع عنه و قيل الأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم و ما يدينون إلى آخره (لأنه مستثنى عن عقودهم) أي لأن الربا مستثنى عن عقود أهل الذمة لأنه لم يرد عليه عقد الأمان ألا ترى إلى قوله تعالى في سورة النساء ﴿و أخذهم الرّبوا﴾ (١) (و بخلاف العبد المرتد يكون للذمي) عطف على قوله و هذا بخلاف الربا يعني الذمي إذا اشترى عبداً مسلماً ثم ارتد العبد فإنه يحبس حتى يتوب أو يقتل و لا تجب قيمته للذمي الحاصل انا لا نقره على تموله و تملكه بل نأخذه من يده فنقتله و إن كانت أمة نحبسها أبداً و نستتيبها قيل

---

(١) و أخذهم الآية. النساء: ١٦١.

لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين و بخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة قال فإن غصب من مسلم خمراً فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء و يأخذ جلد الميتة و يرد عليه

و هو أيضاً مقيس عليه للشافعي رحمه الله تعالى و وجه الجواب ما أشار إليه بقوله (لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له) أي للعبد المرتد (لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك و الاعراض عنه فإن قلت يشكل على هذا التعليل ما لو أتلف صليب نصراني حيث يضمن قيمته صليباً و في ترك التعرض استخفاف بالدين قلت ذلك كفر أصلي فالنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد (و بخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم و ما يدينون يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى و حينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله تعالى و من تابعه و وجه الجواب ما قاله بقوله (لأن ولاية المحاجة ثابتة) أي بالنص (١) فلا يعتبر إعتقادهم في إيجاب الضمان و لقائل (٢) أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم و الجواب أن الدليل هو قوله عليه الصلاة و السلام أتركوهم و ما يدينون و كان ذلك لعقد الذمة و هو منتف في حق المجتهدين (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فإن غصب من مسلم خمراً فخللها) و وقع في عامة النسخ و إن غصب بالواو و هذا أوجه و صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل مسلم يغصب من المسلم الخمر أو جلد الميتة فيخلل الخمر و يدبغ جلد الميتة قال لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء و أما جلد الميتة فلصاحبه أن يأخذه و يرد على الغاصب ما زاد الدباغ في الجلد فإن كان الغاصب استهلكهما جميعاً ضمن الخل و لم يضمن الجلد المدبوغ و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد مدبوغاً و يعطيه صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه بحساب ذلك انتهى (أو جلد ميتة فدبغه) أي أو غصب جلد ميتة فدبغه (فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء و يأخذ جلد الميتة و يرد عليه

(١) بالنص و هو قوله تعالى و لا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله الآية. الأنعام: ١٢١. (٢) و لقائل أن يقول الخ. كذا في العناية. و في الحواشي السعدية: و الأولى أن استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب و الخصم مؤمن به فيثبت ولاية المحاجة.

**ما زاد الدباغ فيه و المراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل و منه إلى الشمس و بالفصل الثانى إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ و العفص و نحو ذلك و الفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس**

ما زاد الدباغ فيه) قال القدورىؒ فى شرحه لمختصر الكرخىؒ و هذا إذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها فأما إذا ألقى صاحب الميتة الميتة فى الطريق فأخذ رجل جلدها فدبغه فقد قالوا إنه لا سبيل له على الجلد لأن إلقاءها إباحة لأخذها فلا يثبت له الرجوع كإلقاء النوى و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن له أن يأخذه فى هذه الصورة أيضاً (و المراد بالفصل الأول) يعنى المراد بجواب الفصل الأول فى الجامع الصغير و هو قوله فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء (إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل و منه) أى و من الظل (إلى الشمس) و عند الشافعى و أحمد رحمهما الله تعالى لا يصير الخمر خلا بالتخليل فلا يجب ردها بل يجب إراقتها كما قبل التخليل أما لو تخللت بنفسها يجب ردها بالإجماع و يضمن متلفها بالإجماع و فى جلد الميتة لو دبغه يلزمه رده عند الشافعى رحمه الله تعالى فى الأصح و أحمد رحمه الله تعالى و فى قول لا يلزمه رده و به قال أحمدؒ فى وجه (و المراد بالفصل الثانى) يعنى و المراد بجواب الفصل الثانى فى الجامع الصغير و هو قوله و يأخذ جلد الميتة و يرد عليه ما زاد الدباغ فيه (إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ) بفتح القاف و الراء بعدهما ظاء معجمة و هو ورق السلم يدبغ به و منه أديم مقروظ و فى دستور اللغة القرظ إسم لشجر عظام كالجوز يدبغ بثمره و ورقه و قال (١) أبو حنيفة رحمه الله تعالى القرظ أجود ما يدبغ به الأهب فى أرض العرب و هى تدبغ بورقه و ثمره و قال مرة القرظ شجر عظام لها سوق غلاظ أمثال شجر الجوز و خشبه صلب يفل الحديد و ورقه أصغر من ورق التفاح و له حب يوضع فى الموازين و هو ينبت فى القيعان واحدته قرظة و بها سمى الرجل قرظة و قريظة و ما كان من القرظ بأرض مصر فهو الذى يسمى السبط و منه أجود حطبهم و هو زكى الوقود قليل الرماد و هو باسوان من أرض مصر عناص (و العفص (٢) و نحو ذلك) كالشث (و الفرق) بين المسألتين (أن هذا التخليل تطهير له) أى للخمر (بمنزلة غسل الثوب النجس) يعنى أنه أزال عنه

---

(١)قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى الخ. كذا فى اللسان و تاج العروس. (٢)العفص (بفتح فسكون) معروف يقع على الشجر و على الثمر و هو الذى يتخذ منه الحبر مولد و ليس من كلام أهل البادية و قال ابن برى و ليس من نبات أرض العرب أو كلام عربى قاله أبو حنيفة قال و قد اشتق منه لكل طعم فيه قبض و مرارة أن يقال فيه عفوصة و هو عفص أو العفص شجرة من البلوط تحمل سنة بلوطا و سنة عفصا و هذا قول الليث و فى اللسان حمل شجرة البلوط كذا فى تاج العروس.

فيبقى على ملكه إذ لا يثبت المالية به و بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته

---

صفة النجاسة و الخمرية من غير أن يقوم بها شيء من ملكه فكان كما إذا غصب ثوباً نجسا فغسله يكون لمالكه كذا هذا و ذلك لأن الغسل لم يزد فى ذات الثوب شيئاً و إنما زال به النجاسة فلا يخرج بذلك عن ملك مالكه فإن قلت الثوب ليس نجس العين و الخمر نجس العين لكونها حراماً بعينها قال ﷺ حرمت الخمر لعينها قلت جواهر الخمر هى الجواهر التى كانت عصيراً فلما اعترضت عليها صفة الخمرية صيرتها نجسة فإذا زالت تلك الصفة زالت النجاسة كالثوب و لا يلزم بتبدله تبدل العين فاعتراض الصفة عليها كما يعترض الصفات على الإنسان من غير تبدل الذات و تأويل قوله عليه الصلاة و السلام حرمت الخمر لعينها أى عينها حرام يعنى قليلها و كثيرها حرام و لهذا قال بعد ذلك و السكر من كل شراب (فيبقى على ملكه) أى إذا كان كذلك فيبقى الخل على ملك صاحبه (إذ لا يثبت المالية به) أى بالتخليل قال فخر الإسلام البزدوىّ و غيره فى شروح الجامع الصغير قال مشايخنا رحمهم الله تعالى أما التخليل فعلى ثلاثة أوجه إما أن يخللها بالنقل من الظل إلى الشمس و من الشمس إلى الظل أو بإلقاء الملح فيها أو بصب الخل فيها ففى الوجه الأول الخل لصاحبها و لا شيء عليه لأن الخمر نجس العين كالبول إلا أن نجاستها قابلة للزوال بخلاف البول فصار التخليل بمنزلة الغسل فلا يضاف إلى التقوم و المالية بل كان ذلك بمنزلة إظهار التقوم و المالية فلأجل ذلك صار صاحب الخمر أحق بالخل و القسمان الآخران يأتيان فى موضعهما إن شاء الله تعالى (و بهذا الدباغ) أى الدباغ المذكور و هو الدباغ بما له قيمة كالقرظ (اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب فكان بمنزلته) أى فكان هذا الجلد بهذا الدباغ بمنزلة الثوب الذى غصبه الغاصب حيث يأخذ الجلد و يعطى ما زاد الدباغ فيه كما فى الثوب حيث يأخذه مالكه و يعطى ما زاد الصبغ فيه فان أراد المالك أن يترك الجلد على الغاصب و يضمنه قيمة الجلد فليس له ذلك لأنه غصبه و لا قيمة له بخلاف مسألة الثوب فإن هناك لصاحب الثوب أن يترك الثوب على الغاصب و يضمنه لأن الثوب قبل الصبغ كان مالاً متقوماً و لا كذلك الجلد حتى لو غصبه جلداً ذكياً غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه قال فخر الدين قاضيخان رحمه الله تعالى من المشايخ رحمهم الله تعالى من قال هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه لما تركه فقد عجز عن رده فصار كعجزه بالإستهلاك فأما على قولهما له أن يترك الجلد على الغاصب

فلهذا يأخذ الخل بغير شيء و يأخذ الجلد و يعطى ما زاد الدباغ فيه و بيانه أن ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ و إلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما و للغاصب أن يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس في المبيع قال و إن استهلكهما ضمن الخلّ و لم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يضمن الجلد مدبوغاً و يعطى ما زاد الدباغ فيه و لو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخل فلأنه لما بقى على ملك مالكه و هو مال متقوم ضمنه بالاتلاف و يجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال و أما الجلد فلهما

---

و يضمنه القيمة أيضاً (فلهذا) أى فلأجل أن التخليل لا يثبت المالية و بالدباغ يتصل بالجلد مال متقوم (يأخذ الخل) أى صاحبه (بغير شيء و يأخذ الجلد) أى صاحبه (و يعطى) على بناء الفاعل أى يعطى صاحب الجلد (ما زاد الدباغ فيه) أى في الجلد (و بيانه) أى بيان إعطاء ما زاد الدباغ فيه (أنه) أى الشأن (ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ) أى حال كونه ذكياً غير مدبوغ لأنه لا يكون لجلد الميتة قيمة فيقوم ذكياً لذلك (و إلى قيمته مدبوغاً) أى و ينظر إلى قيمته حال كونه مدبوغاً (فيضمن فضل ما بينهما) أى فضل ما بين القيمتين مثلاً إذا كانت قيمته ذكياً غير مدبوغ عشرة دراهم و مدبوغاً اثنى عشر درهماً يضمن درهمين و قيل يضمن قيمة جلد ذكى غير مدبوغ قال فخر الاسلامّ و ذلك مذكور في بعض نسخ المبسوط (و للغاصب أن يحبسه حتى يستوفى حقه كحق (١ الحبس في المبيع) يعنى كما أن البائع له حق حبس المبيع لأجل استيفاء الثمن (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن استهلكهما) أى و إن استهلك الغاصب الخل و الجلد (ضمن الخلّ و لم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يضمن الجلد مدبوغاً و يعطى) على صيغة المجهول أى يعطى الذى دبغه ثم استهلكه (ما زاد الدباغ فيه و لو هلك) أى الجلد (في يده) أى في يد الغاصب (لا يضمنه بالاجماع) لأنه لم يهلك بفعله و لم يكن منه جناية كذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى و إنما لم يذكر له دليلا لأنه مجمع عليه و دليله الإجماع (أما الخل) دليل صورة الإستهلاك و المراد منه الوجه الأول من وجوه التخليل و هو ما إذ خللها من غير خلط أى أما ضمان الخل (فلأنه لما بقى على ملك مالكه و هو مال متقوم) أى و الحال أنه مال متقوم (ضمنه بالاتلاف و يجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال) لم يذكر محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير ما ذا يضمن قالوا في شروحه فالظاهر أنه يضمن المثل لأنه مثلى إلا أن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع فيجب قيمته و نص الكرخيّ في مختصره على وجوب المثل (و أما الجلد فلهما) أى فلأبي يوسف و

---

(١) كحق الحبس في المبيع بالثمن و الرهن بالدين و العبد الآبق بالجعل كذا في التبيين.

أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه و هو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك و يعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه و يعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه و لأنه واجب الرد فإذا فوّته عليه يخلفه قيمته كما في المستعار و بهذا فارق الهلاك بنفسه و قولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على إختلاف الجنس أما عند اتحاده يطرح عنه

---

محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أى الجلد (باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه و هو مال متقوم) أما بقاؤه على ملكه فلأن الغاصب لم يحدث فيه إلا مجرد الصبغة و بذلك لا يزول ملك المغصوب منه كما لو كان ثوباً فقصره و أما كونه متقوماً فظاهر (فيضمنه مدبوغاً بالإستهلاك) أى إذا كان كذلك يضمن الغاصب الجلد حال كونه مدبوغاً بالإستهلاك (و يعطيه المالك) أى يعطى المالك الغاصب ( ما زاد الدباغ فيه) قال فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير هذا إنما يستقيم إذا كان الجنس مختلفاً فأما إذا كان الجنس واحداً فلا فائدة أن يضمن الغاصب خمسة عشر درهماً و يعطيه خمسة و إنما معنى ذلك بيان قيمة مال المغصوب منه لأنه لم يكن ذكياً متقوماً قبل الدباغ ليعتبر ذلك فإذا عرفت قيمته مدبوغاً نظر إلى قيمته لو كان ذكياً غير مدبوغ فيطرح ذلك من الغاصب و يعطى الباقي و يجيء هذا عن قريب في الكتاب (كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه و يعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) أراد أن مسألة غصب الجلد و استهلاكه بعد الدباغة كمسألة غصب الثوب و استهلاكه بعد الصبغ حيث يضمن في كل منهما و يعطيه المالك ما زاد الدباغ و الصبغ (و لأنه) دليل آخر لهما أى و لأن الجلد (واجب الرد) لو كان قائماً (فإذا فوّته عليه) أى فإذا فوّت الرد على المالك (يخلفه قيمته) أى يخلف الجلد قيمته يعنى قامت مقامه و هو من قولهم خلف فلان فلاناً يخلفه بالضم إذا كان خليفته (كما في المستعار) يعنى أن المستعار واجب الرد فإذا فوت المستعير الرد باستهلاكه تجب عليه القيمة و إذا فات فلا فكذا هنا الجلد واجب الرد فاذا فوته وجب عليه قيمته و إذا هلك فلا (و بهذا فارق الهلاك بنفسه) أى و بما ذكرنا فارق الاستهلاك الهلاك بنفسه حيث لا يضمن في الهلاك لأنه لم يفوت شيئاً و كذا الوديعة بشيء لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك (و قولهما) أي قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على إختلاف الجنس) بأن قوم القاضي الجلد بالدراهم و الدباغ بالدنانير صار الجنس مختلفا فيضمن الغاصب القيمة و يأخذ ما زاد الدباغ أما إذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير و هو معنى قوله (أما عند اتحاده) أى اتحاد الجنس (يطرح عنه) أى عن ضمان

ذلك القدر و يؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم الرد عليه و له أن التقوم حصل بصنع الغاصب و صنعته متقومة لاستعماله مالاً متقوماً فيه و لهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقاً له و الجلد تبع له في حق التقوم ثم الأصل و هو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك و الجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها و إن لم يكن متقوماً بخلاف الذكي و الثوب لأن التقوم فيهما كان ثابتاً قبل الدبغ و الصبغ فلم يكن تابعاً للصنعة و لو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه و يضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة و قيل ليس له

---

الجلد (ذلك القدر و يؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم الرد عليه) قال فخر الاسلام رحمه الله تعالى فلا فائدة أن يضمن الغاصب خمسة عشر درهماً و يعطيه خمسة كما ذكرناه عن قريب (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن التقوم حصل بصنع الغاصب) أراد إنا لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه و إنما حصل له التقوم بصنعة الغاصب (و صنعته متقومة لاستعماله مالاً متقوماً فيه و لهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان) أي التقوم (حقاً له) أي للغاصب (و الجلد تبع له) أي لصنع الغاصب و في بعض النسخ و الجلد تبعاً لها أي و كان الجلد تبعاً لصنعة الغاصب (في حق التقوم) لأنه ما كان متقوماً قبل الصنعة فيكون صنعة الغاصب أصلاً لأن الأصل ما يبتنى عليه (ثم الأصل و هو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه) فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل و هو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد و إلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك و الاستهلاك (بخلاف وجوب الرد) جواب عن قولهما و لأنه واجب الرد و تقريره أن وجوب الرد (حال قيامه لأنه) أي الرد (يتبع الملك و الجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها و إن لم يكن متقوماً) و الحاصل أن الضمان يعتمد التقوم و الأصل فيه الصنعة و هي غير مضمونة فكذا ما يتبعها و الرد يعتمد الملك و الجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده و تتبعه الصنعة (بخلاف الذكي و الثوب) جواب عن قولهما كما إذا غصب ثوباً و أقحم الذكي استظهاراً (لأن التقوم فيهما) أي في الذكي و الثوب (كان ثابتاً قبل الدبغ و الصبغ فلم يكن تابعاً للصنعة) و التقوم يوجب الضمان (و لو كان) أي الجلد المدبوغ (قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه) أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم (و يضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة و قيل ليس له

ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه و ضمته عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك و هو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمّنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك و قيل يضمّنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ و لو دبغه بما لا قيمة له كالتراب و الشمس فهو لمالكه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب و لو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغاً

---

ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما) أى عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (له ذلك) أى الترك على الغاصب و تضمين قيمته (لأنه) دليل أن في المسألة خلافا لا دليل المخالفين و قال الاترازيّ دليل لقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قولهما جميعاً أى لأن المالك (إذا تركه عليه) أى إذا ترك الجلد على الغاصب (و ضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك) يعني لما أبى المالك أن يأخذه مدبوغاً و قد عجز عن رده فالتحقت هذه الدباغة بالاستهلاك و الحكم فيه ما ذكرناه (و هو) أى الاستهلاك (على هذا الخلاف) الذى تقدم ذكره أن عنده لا يضمن و عندهما يضمن (على ما بيناه) أشار به الى ما ذكر من الدليل لأبي حنيفة رحمه الله تعالى و لصاحبيه رحمهم الله تعالى في إستهلاك الجلد قبيل هذا قيل فيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لأمر من جهة الغاصب و فيما تركه و ضمنه القيمة من جهة المالك و لا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك (ثم قيل) هذا إشارة إلى بيان الاختلاف في كيفية الضمان على قولهما فقيل (يضمّنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك) أى في صورة الاستهلاك (و قيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) أى طاهر غير مدبوغ لأن صفة الدباغ حصلت بفعله فلا يوجب الضمان عليه و لكن من ضرورته زوال صفة النجاسة و ذلك غير حاصل بفعله بل بتميز الجلد من الدسومات النجسة (و لو دبغه بما لا قيمة له كالتراب و الشمس فهو لمالكه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب) لأنه ليس فيه مال متقوم للغاصب فكانت الدباغة إظهاراً للمالية و التقوم فصار كغسل الثوب النجس (و لو استهلكه الغاصب) أى و لو استهلك الغاصب الجلد الذى دبغه بشيء لا قيمة له (يضمن قيمته) أى بالاجماع نص عليه في الذخيرة لأنه صار مالاً على ملك صاحبه و لا حق للغاصب فيه فكانت المالية و التقوم جميعاً حقاً للمالك فيضمن بالاستهلاك و اختلفوا في كيفية الضمان فقيل يضمن قيمته (مدبوغا) أى حال كونه مدبوغا

و قيل طاهراً غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه وجه الأول و عليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه و إذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته و لو خلّل الخمر بإلقاء الملح فيها قالوا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى صار ملكاً للغاصب و لا شيء له عليه و عندهما أخذه المالك و أعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد و معناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخلّ و إن أراد المالك تركه عليه و تضمينه فهو على ما قيل و قيل في دبغ الجلد

---

(و قيل طاهراً غير مدبوغ) أى قيل يضمن قيمته حال كونه طاهراً غير مدبوغ (لأن وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه) لكن من ضرورته زوال صفة النجاسة و ذلك غير حاصل بفعله بل بتميز الجلد من الدسومات النجسة قالوا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى صار ملكاً للغاصب لأنه استهلاك فيوجب الملك لكن بغير شيء لكون المستهلك غير متقوم (وجه الأول) و هو قول من يقول يضمن قيمته مدبوغاً (و عليه الأكثرون) أى على الوجه الأول الجمهور (أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه) أى عن الجلد (و إذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته) تكون مضمونة تابعة للأصل و قال القدورىّ و لو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديماً أو زقاً أو دفتراً أو جوربا أو فرواً لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لأنه تبدل الإسم و المعنى بصنع الغاصب فكان هو أولى فإن كان الجلد ذكياً فعليه قيمته يوم الغصب و إن كان ميتة فلا شيء عليه كذا فى الإيضاح و الذخيرة (و لو خلّل الخمر بإلقاء الملح فيها قالوا) أى قال المشايخ رحمهم الله تعالى (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى صار ملكاً للغاصب و لا شيء عليه) لأنه إستهلاك إلا أن الخمر لم تكن متقومة و الملح كان متقوماً فيرجح جانب الغصب فيكون له بغير شيء و قوله قالوا يشير إلى أن ثمة قولاً آخر و هو ما قيل إن هذا و الأول سواء لأن الملح صار مستهلكاً فيه فلا يعتبر و هذا هو الوجه الثانى من الأوجه الثلاثة التى ذكرناها (و عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أخذه المالك و أعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد) و صبغ الثوب (و معناه ههنا) أى معنى قوله و أعطى ما زاد الملح فى مسألة تخليل الخمر بإلقاء الملح (أن يعطى) أى صاحب الخل (مثل وزن الملح من الخل و إن أراد المالك تركه عليه) أى على الغاصب (و تضمينه فهو على ما قيل و قيل فى دبغ الجلد) أشار بتكرير قيل إلى القولين المذكورين فى دبغ الجلد يعنى قيل ليس له ذلك بالاتفاق و قيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الحاصل أنه يعتبر هذه المسألة بمسألة الدبغ إذا أراد المالك تركه على الغاصب و تضمينه و فيه قولان فى أحدهما قال يضمنه قيمة جلد

و لو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما كما في دبغ الجلد و لو خلّلها بإلقاء الخلّ فيها فعن محمد رحمه الله تعالى أنه إن صار خلا من ساعته يصير ملكاً للغاصب و لا شيء عليه لأنه استهلاك له و هو غير متقوم و إن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لأنه خلط الخل بالخل في التقدير و هو على أصله ليس باستهلاك

---

مدبوغ و في الثاني قال يضمنه قيمة جلد مذكى غير مدبوغ و ههنا كذلك إذا تركه عليه في قول يضمنه قيمة الخل و يعطيه ما زاد الملح فيه و في آخر يضمنه قيمة مثله عصيراً و هذه التفريعات كلها على قولهما في الصورتين لا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و يحتمل أن يكون القولان ما قيل و قيل هذين القولين (و لو استهلكها لا يضمنها) و في النسخ الكثيرة و لو استهلكه لا يضمنه أي و لو استهلك الخل الذي جعل خلاً بالقاء الملح فيه لا يضمنه.(عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (كما في دبغ الجلد) و قد مر بيانه و من المشايخ رحمهم الله تعالى من جعل الجواب في الملح على التفصيل فان كان يسيرا لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شيء كالشمس و إن ألقى فيها ملحاً كثيراً يأخذها المالك عندهما جميعاً و يعطي الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد و صبغ الثوب كذا ذكر قاضي خان رحمه الله تعالى في شرحه (و لو خللها بإلقاء الخل فيها) أي و لو خلل الخمر التي غصبها بإلقاء الخل فيها و هذا هو القسم الثالث من الأوجه الثلاثة التي ذكرناها (فعن محمد رحمه الله تعالى أنه) أي الشأن (إن صار خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب و لا شيء عليه لأنه إستهلاك له) فيصير ملكاً للمستهلك (و هو غير متقوم) أي و الحال أنه غير متقوم (و إن لم تصر خلاً إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه) أي الخل الملقى فيه (خلاً قليلاً فهو بينهما) أي بين الغاصب و المالك (على قدر كيلهما لأنه خلط الخل بالخل في التقدير) يعني أنه و إن كان خلط الخل بالخمر و هما جنسان مختلفان و خلط الجنسين المختلفين إستهلاك لكنه في التقدير كأنه خلط الخل بالخل نظراً إلى المآل و هذا لأن في الخمر صلاحية أن يصير خلاً و هي في حق المسلمين لا يصلح إلا لهذا فإن تخللت بنفسها و طبعها لا ينقطع حق المالك عنها لأنه لم يعارضها شيء و إن تخللت بإلقاء شيء فيها فان تخللت من ساعته يصير ملكاً للخالط لأنه صار تبعاً لملكه فأضيف تخللها إلى ذلك و إن تخللت بعد زمان يضاف تخللها إلى طبعها عملاً بالدليلين فصار كأنه خلط الخل بالخل في التقدير (و هو على أصله ليس باستهلاك) أي خلط الخل بالخل على أصل محمد رحمه الله تعالى ليس باستهلاك إذ خلط الجنس بالجنس ليس

و عند أبي جنيفة رحمه الله تعالى هو للغاصب في الوجهين و لا شيء عليه لأن نفس الخلط إستهلاك عنده و لا ضمان في الاستهلاك لأنه أتلف ملك نفسه و عند محمد رحمه الله تعالى لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول لما بينا و يضمن في الوجه الثاني لأنه أتلف ملك غيره و بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجه كلها بغير شيء

---

باستهلاك و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً فيكون الخل مشتركاً بينهما لأنه صار خالطاً خل نفسه بخل غيره فإذا أتلفه فقد أتلف خل نفسه و خل غيره كذا في جامع أبي اليسر (و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو للغاصب في الوجهين) يعني فيما إذا صارت خلاً من ساعتها و فيما إذا صارت خلاً بعد زمان (و لا شيء عليه لأن نفس الخلط إستهلاك عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و لا ضمان في الاستهلاك لأنه أتلف ملك نفسه) أراد به الاستهلاك الحكمي بالخلط و هذا تقريب لقوله لأن نفس الخلط استهلاك عنده يعني أن نفس الخلط استهلاك عنده و لا ضمان في هذا الاستهلاك و لما لم تكن هذه المقدمة مسلمة استدل بقوله لأنه أتلف ملك نفسه لأنه خلط الخل بالخمر و قد ذكرنا أن الاستهلاك هنا عبارة عن فعل لا يصل الإنسان بسببه إلى عين حقه و إتلاف ملك نفسه لا يوجب الضمان و إنه و إن أتلف الخمر أيضاً لكنها غير متقومة و إتلاف غير المتقوم لا يوجب الضمان أيضاً (و عند محمد رحمه الله تعالى لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول) أراد به فيما إذا صارت خلاً من ساعته و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى أراد به الإستهلاك الحقيقي بعد أن صار خلاً لأنه بالخلط صار مستهلكاً و لا ضمان عليه بهذا الإستهلاك لأنه لاقى محلاً غير متقوم و الاستهلاك الحقيقي بعده ورد على ملكه (لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه استهلاك له و هو غير متقوم (و يضمن في الوجه الثاني) و هو ما إذا صارت خلاً بعد زمان (لأنه أتلف ملك غيره) فيضمن (و بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أجروا جواب الكتاب) أي جواب الجامع الصغير على إطلاقه (أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء) أراد بالوجوه كلها الوجوه الثلاثة و هي التخليل بغير شيء و التخليل بإلقاء الملح و التخليل بصب الخل و قالوا في شروح الجامع الصغير إن قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء محمول على الوجه الأول و هو التخليل بغير شيء و منهم من جعل الخل اليسير إذا صبه فيها كالشمس فأما إذا خللها بخل كثير له قيمة ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما لو خلط خله بخل المغصوب منه و لا يضمن شيئاً لأنه استهلك خمر المسلم و خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف و عندهما يشتركان و قال كثير من

لأن الملقى يصير مستهلكاً فى الخمر فلم يبق متقوماً و قد كثرت فيه أقوال المشايخ رحمهم الله تعالى و قد أثبتناها فى كفاية المنتهى قال و من كسر لمسلم بربطا أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً

المتأخرين هذا إذا حمضت بعد حين أما إذا حمضت من ساعتها فهى للغاصب لأنه غلب عليه خله و استهلك خمر المسلم و خمر المسلم لا يضمن و ذكر فى المنتقى رجل صب فى خمر انسان خلاً فصار كلها خلا و هما نصفان قال صاحب الخمر يأخذ نصفها خلا كذا قال فخر الدين قاضى خان رحمه الله تعالى (لأن الملقى) و هو الخل أو الملح (يصير مستهلكاً فى الخمر فلم يبق متقوماً) فلا يضمن لأنه إستهلك غير متقوم (و قد كثرت فيه) أى فى حكم هذه المسألة (أقوال المشايخ رحمهم الله تعالى و قد أثبتناها فى كفاية المنتهى) منها ما قال بعضهم يصير المخلوط مشتركاً بينهما بالإجماع لأن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إنما ينقطع حق المالك بالاستهلاك إذا ضمنه بالخلط كالمكيل و الموزون إذا غصبه و خلطه بمثله من ملك نفسه فاذا لم يكن مضموناً عليه لا ينقطع و وجود الإستهلاك كعدمه فبقى مشتركاً كالمكيل إذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره كذا ذكره المحبوبى رحمه الله تعالى (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من كسر لمسلم بربطاً أو طبلا أو مزماراً أو دفاً) صورتها فى الجامع الصغير فى باب الضمان محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى فى الرجل يكسر للرجل المسلم بربطاً أو طبلا أو مزماراً أو دفاً قال هو ضامن و قال بيع ذلك كله جائز و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى ليس فى شىء من ذلك ضمان و لا يجوز بيعه انتهى و البربط (١) بفتح الباء الموحدة قال الليث و هو معرب لأنه ليس من كلام العرب و هو أعجمى فأعربته العرب حين سمعت به و قال غيره أصله بربط بكسر الراء و سكون الطاء شبه بصدر البط و بر بالفارسية الصدر و الطبل (٢) بفتح

(١)البربط الخ. و فى لسان العرب: البربط (بفتح الباء الموحدة و سكون الراء المهملة و فتح الباء الموحدة): العود، أعجمى ليس من ملاهى العرب فأعربته حين سمعت به. التهذيب: البربط من ملاهى العجم شبه بصدر البط و الصدر بالفارسية بر (بالفتح فالسكون) فقيل بربط. و فى حديث على بن الحسين زين العابدين رضى الله تعالى عنهما: لا قدست أمة فيها البربط؛ قال: البربط ملهاة تشبه العود، فارسى معرّب؛ قال ابن الأثير: أصله بربت فان الضارب به يضعه على صدره و اسم الصدر بر. (٢)الطبل الخ. و فى اللسان: الطبل (بفتح الطاء المهملة و سكون الباء الموحدة): معروف الذى يضرب به و هو ذو الوجه الواحد و الوجهين و الجمع أطبال و طبول (بضمتين). و الطبّال (كشدّاد): صاحب الطبل و فعله التطبيل و حرفته الطبالة (بالكسر) و قد طبل يطبل (من باب نصر ينصر) و الطبلة (بالفتح فالسكون) شىء من خشب تتخذه النساء اهـ.

أو أهراق له سكراً أو منصّفاً فهو ضامن و بيع هذه الأشياء جائز و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يضمن و لا يجوز

---

الطاء و سكون الباء الموحدة الذى يضرب و هو مشهور و يجمع على طبول و المزمار (١) بكسر الميم القصبة التي ينفخ فيها و قد يتخذ من عود و يقال لها زمارة أيضاً و منه يقال زمر الرجل يزمر و يزمر زمراً فهو زمار و لا يكاد يقال زامر و يقال للمرأة زامرة و لا يقال زمارة و فعلهما الزمارة بالكسر كالكتابة و الدف (٢) بفتح الدال و ضمها الذى يضرب به قاله أبو عبيدة (أو أهراق له سكراً أو منصّفاً) و هو أيضاً من مسائل الجامع الصغير و صورتها فيه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في الرجل المسلم يهريق المنصّف للمسلم أو يهريق السكر قال هو ضامن و قال بيعه جائز و قال يعقوب و محمد رحمهما الله تعالى ليس في شيء من ذلك ضمان و لا يجوز بيعه انتهى و أصل (٣) أهراق أراق بمعنى صب وسكب والهاء فيه زائدة و هو بسكون الهاء و جاء هراق أيضاً أصله أراق أبدلت من الهمزة هاء و المضارع فيها يهريق بضم الياء و جآء أهرق يهرق على وزن أفعل و المفعول منه مهرق و من الأولين مهراق و مهراق أيضاً بالتحريك و هو شاذ و السكر بفتح السين و الكاف هو النى من مآء الرطب إذا اشتد و المنصّف بضم الميم و فتح النون و تشديد الصاد هو الذى ذهب نصفه بالطبخ و الباذق (٤) هو المطبوخ أدنى طبخة (فهو ضامن و بيع هذه الأشياء جائز و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال (٥) أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا يضمن و لا يجوز

---

(١)المزمار الخ. و فى تاج العروس: (زمر يزمر) بالضم لغة حكاها أبو زيد (و يزمر) بالكسر (زمرا) بالفتح (و زميرا) كأمير و زمرانا محركة عن ابن سيده (و زمّر تزميرا غنى في القصب) و نفخ فيه (و هى زامرة) و لا يقال زمّارة (و هو زمّار و) لا يقال (زامر) و قد جآء عن الاصمعي لكنه (قليل) و لما كان تصريف هذه الكلمة واردا على خلاف الأصل خالف قاعدته فى تقديم المؤنث على المذكر قاله شيخنا قالَ الاصمعي يقال للذى يغنى الزامر و الزمّار (و فعلهما) أى الزامرة و الزمّار (الزمارة) بالكسر على القياس (كالكتابة) و الخياطة و نحوهما (ومزامير داود عليه السلام ما كان يتغنى به من الزبور) و إليه المنتهى فى حسن الصوت بالقراءة (و) قيل مزامير داود عليه السلام (ضروب الدعاء جمع مزمار و مزمور) الأخيرة عن كراع و نظيره معلوق و مغرود (و الزّمّارة كجبّانة ما يزمر به) و هي القصبة كما يقال للأرض التي يزرع فيها زرّاعة (كالمزمار) بالكسر اه. ملخصا. (٢)الدف الخ. و فى اللسان: الدّف (بالفتح) و الدّف بالضم: الذى يضرب به النساء و الجمع دفوف (بالضم) و الدفاف صاحبها و المدفّف صانعها و المدفف ضاربها و الدفدفة استعجال ضربها اه (٣) أصل اهراق الخ. راجع لتحقيق هذا اللفظ تاج العروس لأن صاحبه بسط الكلام فافاد و أجاد. (١)الباذق الخ. و فى تاج العروس: الباذق بكسر الذال و فتحها قال ابو عبيد هى كلمة فارسية عربت فلم نعرفها قال و هو تعريب باده و هو اسم الخمر بالفارسية و قال غيره هو ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فصار شديدا و مما عرب من هذا التركيب الباذقة و هم الرجالة و هى تعريب بياده و منه بيذق الشطرنج اه ملخصا. (٥)قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ. هذا =>

بيعها و قيل الاختلاف فى الدف و الطبل الذى يضرب للهو فأما طبل الغزاة و الدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف و قيل الفتوى فى الضمان على قولهما و السكر اسم للنى من ماء الرطب إذا اشتد و المنصف ما ذهب نصفه بالطبخ و فى المطبوخ أدنى طبخة و هو الباذق عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى روايتان فى التضمين و البيع

---

بيعها) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال (١) الشافعى رحمه الله تعالى إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح و إذا كسر لم يصلح له لزمه ما بين قيمته مفصلا و مكسوراً لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة و إن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه و لو أتلف شيئاً من الملاهى التى اقتنيت فى البيت لا للهو ضمن قيمتها عنده و فيه اشارة إلى أنه إذا اقتنى الملاهى لأجل التلهى لا ضمان بالاتفاق (و قيل الإختلاف فى الدف و الطبل الذى يضرب للهو فأما طبل الغزاة و الدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف) و فى الذخيرة قال أبو الليثؒ ضرب الدف فى العرس مختلف بين العلماء قيل يكره و قيل لا يكره أما الدف الذى يضرب فى زماننا مع الصجات و الجلاجلات ينبغى أن يكون مكروهاً و إنما الخلاف فى الذى كان يضرب فى الزمان المتقدم و فى الغاية قال الفقيه أبو الليثؒ و هذا الذى حكى أن أبا يوسف و محمدا رحمهما الله تعالى قالا إنه لا ضمان عليه فى الدف و الطبل إذا كان للهو و أما إذا كان طبل الغزاة أو الصيادين ينبغى أن يضمن و كذلك الدف إذا لم يكن للهو ينبغى أن يضمن إذا كان مثل ذلك يجوز ضربه فى العرس و قال الإمام العتابىؒ فى شرح الجامع الصغير و لو كان طبل الحاج أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية فى البيت يضمن بالاتلاف (و قيل الفتوى فى الضمان على قولهما) أى على قول أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لكثرة الفساد فيما بين الناس ذكره فى جامع أبى اليسر رحمه الله تعالى (و السكر اسم للنى من ماء الرطب إذا اشتد و المنصّف ما ذهب نصفه بالطبخ و فى المطبوخ أدنى طبخة و هو الباذق عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى روايتان فى التضمين و البيع

---

=> الاختلاف فى الضمان دون إباحة إتلاف المعازف و فيما يصلح لعمل آخر و إلا لم يضمن شيئا إتفاقا و فيما إذا فعل بلا إذن الامام و إلا لم يضمن إتفاقا و فى غير عود المغنى و خابية الخمار و إلا لم يضمن إتفاقا لأنه لو لم يكسرها عاد لفعله القبيح و فيما إذا كان لمسلم فلو لذمى ضمن إتفاقا قيمته بالغا ما بلغ و كذا لو كسر صليبه لأنه مال متقوم فى حقه قلت لكن جزم القهستانى و ابن الكمال رحمهما الله تعالى أن الذمى كالمسلم فليحرر در منتقى أقول و جزم به فى الاختيار أيضا و لعله اقتصر فى الهداية على ذكر المسلم لكونه محل الاختلاف و به يتحرر المقام فتدبر كذا فى الشامية. (١)قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص٤٤٥ ج٥.

لهما أن هذه الاشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر و لأنه فعل ما فعل آمراً بالمعروف و هو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل باذن الامام

لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطل تقومهما كالخمر) فصار متلفها مستهلكاً لشيء غير متقوم فلا يضمن و لا يجوز بيعها لعدم التقوم (و لأنه) دليل ثان لهما أى لأن متلف هذه الأشياء (فعل ما فعل آمراً) أى حال كونه آمراً (بالمعروف و هو) أى الكسر و الإراقة ( بأمر الشرع) و هو قوله عليه الصلاة و السلام إذا رأى أحدكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه فكان كسرها و إراقتها أمراً بالمعروف و نهياً عن المنكر باليد (فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام) أى كما إذا كسر أو أراق باذن الإمام فانه لا يضمن بالإتفاق و قال الولوالجيّ في آخر كتاب السير من فتاواه رجل له خمر فشق رجل زقه و أهراق الخمر على سبيل الحسبة لا يضمن الخمر و يضمن الزق لأن الخمر ليس بمتقوم و الزق متقوم إلا أن يفعل ذلك إمام يرى ذلك فحينئذ لا شيء عليه لأنه مختلف فيه و نظير هذا الذمى إذا أظهر بيع الخمر و الخنزير فى دار الإسلام يمنع فان أراقه رجل أو قتل خنزيره يضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فلا يضمن لأنه مختلف فيه و فى الفتاوى الصغرى فى آخر كتاب الجنايات كسر دن الخمر إن كان باذن الإمام لا يضمن و إلا ضمن و ذكر الصدر الشهيدّ فى باب العدوى و الاعداء من أدب القاضى رواية عن أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق و أنواع الفساد حتى قالوا أيضاً لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين و قيل يراق العصير أيضاً قبل أن يشتد و يقذف بالزبد على من اعتاد الفسق لأنه روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه هجم على نائحة فى منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال إنها لا حرمة لها و تكلموا فى قوله لا حرمة لها قيل معناه لما اشتغلت بما لا يحل فى الشرع فقد اسقطت بما صنعت حرمتها و روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه أحرق البيت على الثقفى حين سمع شرّاباً فى بيته و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى إن كان لا يتيسر إراقتها إلا بشق الزق لا يضمن ككسر المعازف و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى فى رواية يضمن كذا فى جامع المحبوبى و فى الذخيرة و المغنى و بستان أبى الليثّ الأمر بالمعروف على وجه إن كان يعلم بأكبر رأيه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون منه و يمتنعون عن المنكر فالأمر واجب عليه لا يسعه تركه و لو علم بأكبر رأيه أنهم يقذفون بذلك و يشتمونه فتركه أفضل و كذا لو علم أنهم يضربونه و لا يصبر على ذلك و يقع بينهم الغداوة و يهيج منه القتال فتركه أفضل و لو علم أنه يصبر على ضربهم و لم يشك

و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع و إن صلحت لما لا يحل فصار كالأمة المغنية و هذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم و جواز البيع و التضمين مرتبان على المالية و التقوم و الأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم و باللسان إلى غيرهم و تجب قيمتها غير صالحة للهو كما فى الجارية المغنية و

إلى أحد فلا بأس به و هو مجاهد و لو علم أنه لا يقبلون منه و لا يخاف منهم ضرباً و لا شتماً فهو بالخيار و الأمر بالمعروف أفضل و ذكر المحبوبى الأمر بالمعروف واجب أو فرض إذا غلب على ظنه أنهم يتركون الفسق بالأمر و لو غلب على ظنه أنهم لا يتركون الفسق لا يكون آثماً فى ترك الأمر بالمعروف (و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أنها) أى الآلات المذكورة و هى البربط و أخواته (أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الإنتفاع و إن صلحت لما لا يحل) أراد أن أعيانها ليست بمحرمة لأنها تصلح للإنتفاع بها لغير اللهو و لكنها أعدت للهو مع صلاحيتها لغيره فلم تناف الضمان (فصار كالأمة المغنية) و الحمامة الطيارة فان الضمان يجب على متلفهما (و هذا) توضيح لما قبله (لأن الفساد بفعل فاعل مختارفلا يوجب سقوط التقوم) أراد أن الفساد ليس فى المحل و المحل مال متقوم فيضمن (و جواز البيع و التضمين مرتبان على المالية و التقوم) و لما وجدت المالية و التقوم فى الأشياء المذكورة جاز بيعها و يضمن متلفها (و الأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم و باللسان إلى غيرهم) هذا يتعلق بقوله كما إذا فعل بإذن الإمام يعنى لما كان الأمر بالمعروف باليد للأمراء لم يلزم الضمان على الكاسر بإذنهم فاذا فعل بغير إذنهم يلزم (و تجب قيمتها غير صالحة للهو) و فى بعض النسخ فتجب بالفاء أى إذا كان الأمر كذلك تجب قيمة هذه الآلات حال كونها غير صالحة للهو يعنى تجب قيمتها صالحة لغير المعصية ففى الدف يضمن قيمته دفاً يوضع القطن فيه و فى البربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد و نحو ذلك قاله قاضى خان رحمه الله تعالى و قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى إذا كسر رجل على رجل بربطا أو طبلا ضمن قيمته خشباً منحوتاً و قال فى المنتقى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضمن قيمته خشباً مخلعا إنما الذى يحرم منه التأليف و قالا لا ضمان عليه إلى هنا لفظ القدورى و قال الفقيه أبو الليث كانوا يقولون إن معنى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يضمن قيمته أن لو اشترى لشىء آخر سوى اللهو فينظر لو أن إنساناً أراد أن يشتريه ليجعله وعاء للملح أو غير ذلك بكم يشترى فيضمن قيمته بذلك المقدار (كما فى (١) الجارية المغنية و

(١) كما فى الجارية المغنية الخ. و فى الهندية: و لو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية إلا أن يكون الغناء =>

**الكبش النطوح و الحمامة الطيارة و الديك المقاتل و العبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا و فى السكر و المنصّف تجب قيمتهما و لا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه و إن كان لو فعل جاز و هذا بخلاف ما إذا أتلف على نصرانى صليباً حيث يضمن قيمته صليبا لأنه مقر علي ذلك قال**

---

الكبش النطوح و الحمامة الطيارة و الديك المقاتل و العبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور) إذا أتلفها و أراد بهذه الأمور الغناء فى الجارية و المناطحة فى الكبش و الطيران السريع فى الحمامة و المقاتلة فى الديك و الخصى فى العبد فإن هذه الأشياء كلها معصية و لكن المحل مال متقوم فلذلك يجوز بيعها و يضمن متلفها (كذا هذا) أى كذا حكم الآلات المذكورة إذا بيعت أو أتلفت (و في السكر و المنصّف تجب قيمتهما و لا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه) أى عن تملك عين كل واحد منهما لأنه حرام (و إن كان لو فعل جاز) أى و إن كان أخذ المثل فى الضمان جاز لعدم سقوط التقوم و المالية (و هذا) أى هذا الذى ذكرنا فى ضمان الآلات المذكورة (بخلاف ما إذا أتلف على نصرانى صليباً حيث يضمن قيمته صليباً) أى حال كونه صليباً لا حال كونه صالحاً لغيره (لأنه) أى لأن النصرانى (مقر علي ذلك) أى على هذا الصنع فصار كالخمر التى هم مقرون عليها و قال أحمد رحمه الله تعالى لا يضمن و عند الشافعى رحمه الله تعالى بالتفصيل كما ذكر و قال القدورىّ فى شرحه لمختصر الكرخىّ قال محمد رحمه الله تعالى إذا أحرق الرجل باباً منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش فان كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل قبل ذلك ضمن قيمته منقوشا و ذلك لأن نقش التماثيل معصية فلا يجوز أن يتقوم فى الضمان كما لا يتقوم الغناء فى الجارية المغنية فإذا قطع رؤوس التماثيل فذلك نقش غير ممنوع منه فيقوم على الغاصب و قال فيمن أحرق بساطا فيه تصاوير رجال ضمن قيمته مصوراً لأن التماثيل فى البساط ليست بمحرمة ألا ترى أن البساط يوطأ و إذا لم تكن محرمة ضمنها و قال فيمن هدم بيتاً مصوراً بالأصباغ بصور التماثيل ضمن قيمة البيت و قيمة أصباغه غير مصور لأن التماثيل فى البيت منهى عنها كذا ذكره القدورىّ فى شرحه (قال) أى محمد رحمه الله تعالى

---

=> ينقص القيمة فانه يضمنها على ذلك لأن الغناء معصية فلا يجوز أن يتقوم على الغاصب و إن كان ينقص القيمة فهو عيب فيعتد به فى حق الغاصب كذا فى السراج الوهاج. و إن كانت الجارية حسنة الصوت إلا أنها لا تغنى فهو على حسنة الصوت و الحمامة إذا كانت تقرقر و الفاختة إذا كانت تقرقر يعتبر قيمتها مقرقرة و الحمامة إذا كانت تجيء من بعيد لا يعتبر قيمتها على ذلك و الفرس الذى يسبق عليه فهو على السابق قيمة و فى الحمامة إذا كانت طائرة يعتبر قيمتها غير طائرة و كذلك كل شيء يكون بغير تعليم كذا فى المحيط.

و من غصب أم ولد أو مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة و لا يضمن قيمة أم الولد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يضمن قيمتهما لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق و مالية أم الولد غير متقومة عنده و عندهما متقومة و الدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق من هذا الكتاب.

---

فى الجامع الصغير (و من غصب أم ولد أو مدبرة فماتت (١) فى يده ضمن قيمة المدبرة و لا يضمن قيمة أم الولد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يضمن قيمتهما) أى قيمة أم الولد و المدبرة و صورة المسألة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى فى رجل غصب أم ولد لرجل فماتت فى يده قال لا ضمان عليه و إن غصب مدبرته فماتت فهو ضامن بقيمتها و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يضمن فى أم الولد كما يضمن فى المدبرة (لأن مالية المدبرة متقومة (٢) بالاتفاق و مالية أم الولد غير متقومة عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما متقومة) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى مالية أم الولد متقومة (٣) (و الدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق من هذا الكتاب) و قد بينا فيه خلاف الثلاثة رحمهم الله تعالى أيضاً فوائد: غصب ثوباً فكساه المالك أو طعاماً فقدمه بين يديه فأكله و هو لا يعلم بأنه ثوبه أو طعامه يبرأ الغاصب عندنا عن الضمان و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول و مالك رحمه الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول لا يبرأ و لو باعه و سلمه أو وهبه و سلمه أو أودعه و سلمه أو أعاره و سلمه أو آجره و سلمه و المالك لا يعلم به يبرأ عن الضمان عندنا و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعى رحمه الله تعالى فى وجه لا يبرأ و لو رهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ عن الضمان عند الشافعى رحمه الله تعالى و عند مالك و أحمد و المزنى رحمهم الله تعالى يبرأ و لو حل رباط دابة أو فتح قفص طير أو حل قيد عبد فذهب عقيب ذلك لم يضمن (٤) عندنا

---

(١)فماتت. عبر به ليفيد أنه لو حصل ذلك بفعله ثبت موجبه من غير خلاف و حرره ط أقول فى التاترخانية عن شرح الطحاوى و لو جنى على كل منهما يجب أرش الجناية على الجانى بالاجماع كذا فى الشامية. (٢)متقومة أي بثلثى قيمة القن و قيل بنصفها أفاده العينى و لا يملكها بأداء الضمان لأنها لا تقبل النقل من ملك إلى ملك ابو السعود كذا فى الشامية. (٣)متقومة أى بثلث قيمة القن حموى كذا فى الشامية. (٤)لم يضمن أقول: عدم الضمان قولهما خلافا لمحمد رحمه الله تعالى فى الدابة و الطير و ظاهر القهستانى و البرجندى أن الخلاف فى الكل و أن المودع لو فعل ما ذكر ضمن بالاتفاق لالتزامه الحفظ در منتقى و فى الشرنبلالية قال فى النظم لو زاد على ما فعل بأن فتح القفص و قال للطير كش كش أو باب اصطبل فقال للبقر هش هش أو للحمار هر هر يضمن اتفاقا و فى الشرنبلالية عن البزازية الخلاف فى العبد المجنون فلو عاقلا لا يضمن إتفاقا اه كذا فى الشامية.

..............................

و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و في قول يضمن و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و عن محمد رحمه الله تعالى يضمن سواء طار من فوره أو مكث ساعة ثم طار أما لو مكث ساعة ثم طار لا يضمن عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى خلافاً لمالك و أحمد رحمهما الله تعالى و لو حل رأس الزق فسال المايع أو قطع علائق قنديل فانكسر ضمن و لو كان الدهن جامداً فذاب بالشمس فسال لم يضمن و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و قال في وجه يضمن و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و الغصب لا يتحقق في الحر بالإجماع فلا يضمن بالغصب أما لو استعمله مكرهاً لزمه أجر مثله عند الثلاثة رحمهم الله تعالى لأنه استوفى منافع متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد و عنده لا يضمن و لو حبسه مدة لا يجب أجر مثله عندنا أيضاً و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في وجه و أحمد رحمه الله تعالى في وجه و قالا في وجه آخر أنه يضمن كما في العبد و لو غصب كلباً له منفعة و حبسه مدة يجب أجره في أحد الوجهين عند الشافعي رحمه الله تعالى و عندنا و أحمد و مالك و الشافعي رحمهم الله تعالى في وجه لا يجب و لا يضمنه إذا هلك أو أتلفه عند الثلاثة رحمهم الله تعالى و عندنا يضمنه لأنه مال حتى يجوز بيعه عندنا و الله تعالى اعلم بالصواب و إليه المرجع و المآب.

بعون الله تعالى و فضله و كرمه و منّه تم الجزء الثالث عشر
مع التصحيح و التعليق من البناية
ويليه الجزء الرابع عشر بتوفيق الله تعالى و منه و مشيته مطلعه كتاب الشفعة
العبد الضعيف الفقير إلى الله تعالى
مسعود احمد بن فيض احمد غفرلهما الأحد الأوحد
يوم الجمعة ١٧ المحرم الحرام سنة ١٤٢٤ هج.